

STYREANSVAR I KRISETIDER

- særlig om styrets handle- og oppbudsplikt



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 214
Leveringsfrist: 12. april 2010

Til sammen 37 696 ord

12.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder	4
1.3	Avhandlingens oppbygning	7
<u>2</u>	<u>ERSTATNINGSRETTLIGE SPØRSMÅL</u>	<u>8</u>
2.1	Innledning	8
2.2	Rent formuestap og spørsmålet om erstatningsrettslig vern	9
2.2.1	Innledning	9
2.2.2	Erstatningsrettslig vern	9
2.3	Vilkår for erstatning: ansvarsgrunnlag	10
2.3.1	Innledning	10
2.3.2	Culpanormen og de rene formuestap	11
2.3.3	De ulike gradene av uaktsomhet	12
2.3.4	Den objektive siden av culpanormen	14
2.3.5	Den subjektive siden av culpanormen	19
2.3.6	Særskilt om culpanormen for styreleder og andre styremedlemmer	24
2.3.7	Styremedlemmers solidaransvar	27
2.4	Vilkår for erstatning: tap/skade	29
2.4.1	Innledning	29
2.4.2	Nærmere om skillet mellom direkte og indirekte tap	30
2.4.3	Direkte og indirekte tap som følge av forsømt handle- og oppbudsplikt	36
2.5	Vilkår for erstatning: årsakssammenheng	44
2.5.1	Innledning	44
2.5.2	Betingelseslæren	45

2.5.3	Bevisbyrden	46
2.5.4	Årsakssammenheng må drøftes særskilt for hvert styremedlem	48
2.5.5	Årsakssammenheng og ansvar overfor tredjemann	49
3	<u>STYRETS GENERELLE FORVALTNINGSPLIKT</u>	50
3.1	Innledning	50
3.2	Nærmere om forvaltningsplikten	51
3.2.1	Innledning	51
3.2.2	Delegasjon av forvaltningsansvaret	52
3.2.3	Planer, budsjetter og retningslinjer	53
3.2.4	Løpende orientering om selskapets økonomi	54
3.2.5	Betryggende kontroll av virksomheten, regnskap og formuesforvaltning	55
3.2.6	Oppsummering	56
3.3	Tilsynsplikten	57
3.3.1	Innledning	57
3.3.2	Nærmere om tilsynsplikten	57
3.3.3	Forholdet til daglig leders rapporteringsplikt	58
3.3.4	Oppsummering	60
4	<u>KRAVET TIL FORSVARLIG EGENKAPITAL</u>	60
4.1	Innledning	60
4.2	En presisering av forvaltnings-, tilsyns- og opplysningsplikten	61
4.3	Kravet til forsvarlig egenkapital	62
4.3.1	Innledning	62
4.3.2	Virksomhetens risiko og omfang	62
4.4	Egenkapitalbegrepet	63
4.4.1	Innledning	63
4.4.2	Nærmere om innholdet av egenkapitalvurderingen	64
4.4.3	Hvor hyppig må styret vurdere om egenkapitalen er forsvarlig?	66
4.4.4	Fortsatt-drift-forutsetningen	68

4.5	Forsvarlighetskravet som materiell begrensning for styrets beslutninger	78
4.5.1	Innledning	78
4.5.2	Rettspolitiske betraktninger om ansvar for forretningsmessige avgjørelser	78
4.5.3	Asl. § 3-4 som krav til styrets forretningsmessige avgjørelser	80
4.5.4	Risikovurderingen	81
4.5.5	Oppsummering	84

5 STYRETS HANDLEPLIKT **85**

5.1	Innledning	85
------------	-------------------	-----------

5.2	Generelt om handleplikten	86
------------	----------------------------------	-----------

5.2.1	Når inntretr handleplikten?	86
5.2.2	Når opphører handleplikten?	87
5.2.3	Styret skal straks behandle saken	88
5.2.4	Innholdet i saksbehandlingsplikten	88
5.2.5	Innkalling til generalforsamlingen	89
5.2.6	Redegjørelse for generalforsamlingen	91
5.2.7	Foreslå tiltak for å bedre økonomien	92

5.3	Særlig om handleplikten når egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig	93
------------	--	-----------

5.4	Særlig om handleplikten når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen	93
------------	--	-----------

5.4.1	Innledning	93
5.4.2	Aksjekapitalbegrepet	94
5.4.3	Plikten til å foreslå tiltak når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen	94

5.5	Oppsummering	96
------------	---------------------	-----------

6 STYRETS OPPBUDSPLIKT **97**

6.1	Innledning	97
------------	-------------------	-----------

6.2	Myndigheten til å begjære oppbud	98
------------	---	-----------

6.3	Når inntretr oppbudsplikten?	99
------------	-------------------------------------	-----------

6.4	Nærmere om fristen ”innen rimelig tid”	100
6.4.1	Innledning	100
6.4.2	Styrets handlemåte og dens betydning for fristen	102
6.4.3	Selskapets tidligere økonomi og dens betydning for fristen	104
6.4.4	Hva kan begrunne en aktsom optimisme hos styret?	105
6.4.5	Hensynet til arbeidsplassene som begrunnelse for fortsatt drift?	112
6.4.6	Oppsummering	114
<u>7</u>	<u>STYRETS ULOVFESTEDE OPPLYSNINGSPLIKT OVERFOR KONTRAKTSPARTER</u>	<u>115</u>
7.1	Innledning	115
7.2	Om insolvens som vilkår for opplysningsplikten	116
7.3	Insolvens som et nødvendig, men også tilstrekkelig vilkår?	118
<u>8</u>	<u>SÆRLIGE ERSTATNINGSRETTSLIGE PROBLEMSTILLINGER</u>	<u>121</u>
8.1	Om brudd på handleplikten er egnet til å være erstatningssanksjonert	121
8.1.1	Innledning	121
8.1.2	Handleplikten og de tre grunnvilkårene for erstatning	122
8.1.3	Handleplikten og forholdet til oppbudsplikten	123
8.1.4	Oppsummering	125
8.2	Forutsatt erstatningssanksjonert, hvem er erstatningsrettslig vernet?	125
8.3	Erstatningsutmålingen ved forsømt handle- og oppbudsplikt	126
8.3.1	Innledning	126
8.3.2	Gjenstand for erstatning: reduksjon i selskapets formuesstilling	126
8.3.3	Driftstapet som grunnlag for erstatningsutmålingen	127
8.3.4	Erstatningsutmålingen når både handleplikten og oppbudsplikten er forsømt	130
8.4	Oppsummering	134
<u>9</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>136</u>

<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>139</u>
<u>11</u>	<u>LOV-/FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>142</u>
<u>12</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>144</u>

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er styreansvaret i krisetider, med særlig fokus på styrets handle- og oppbudsplikt. Oppgaven i det følgende blir derfor å drøfte det nærmere innholdet av disse. Jeg vil også redegjøre for hvordan handle- og oppbudsplikten forholder seg til hverandre, og avhandlingen vil avsluttes med en drøftelse av særlige spørsmål som melder seg når forsømmelsen av pliktene skal sanksjoneres med et erstatningsansvar. Hoveddelen av avhandlingen vil innledes med en behandling av det generelle erstatningsansvaret, dette er nødvendig for å gi et fullstendig bilde av handle- og oppbudsplikten.

Dagens aksjelover opphevet den tidligere aksjelov fra 1976, og fremstår i all hovedsak som de gjorde ved vedtagelsen i 1997. Under revisjonen på 90-tallet fant lovutvalget (senere omtalt som Aksjelovgruppen) at det var behov for å lovfeste ytterligere vern om kreditors interesse, da eksisterende lovgivning ikke ble funnet tilfredsstillende på dette punktet. Kreditorvernet ble dermed et sentralt hensyn i arbeidet med den nye loven.¹

Aksjeselskapsformens ansvarsbegrensning innebærer at den enkelte aksjeeier ikke kan bli personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser, og kreditorene er som hovedregel henvist til å søke dekning i selskapets midler. En måte å ivareta hensynet til kreditor på var derfor å utarbeide bestemmelser til beskyttelse av selskapets kapital, herunder regler hvis formål er å holde egenkapitalen på et forsvarlig nivå. Så lenge egenkapitalen er positiv er tanken at kreditorenes dekningsmuligheter ivaretas. En forsvarlig egenkapital vil også være i aksjonærenes interesse, da dette vil være en forutsetning for at disse skal få gevinst på sin investering.

¹ NOU 1992:29 s. 37

Et krav om forsvarlig egenkapital hadde ikke tidligere vært lovfestet, men ut fra forarbeidene til 1976-loven gjaldt dette på ulovfestet grunnlag.² En lovfesting ble likevel funnet hensiktsmessig, da det ville konkretisere og skjerpe ledelsens plikt til å sørge for en forsvarlig egenkapitaldekning.³

Oppbudsplikten etter da gjeldende straffelov (strl.) § 283a (nå § 284) ivaretok riktignok kreditorenes interesser, men Aksjelovgruppen mente denne oppstod på et altfor sent tidspunkt. Et vilkår for oppbudsplikten er insolvens, som betyr det samme som at fordringshaverne ikke lenger har mulighet for full dekning. Ut fra målsetningen om økt kreditorvern, ble en slik plikt alene ikke ansett som tilfredsstillende.

Aksjelovgruppen gikk derfor inn for å konkretisere styrets plikter i større grad enn tidligere, dette skulle blant annet gjøre det enklere å vinne frem med søksmål mot selskapets styre.

I det første lovutkastet foreslo Aksjelovgruppen en bestemmelse etter mal fra den svenske aksjelov (ABL) 13:2.⁴ Forslaget (utkastet § 3-4) hadde mange fellestrekk med dagens asl. § 3-5, men var også en egen ansvarsregel. Begrunnelsen for det særlige ansvaret var at det alminnelige erstatningsansvaret ikke ble funnet tilstrekkelig, selv når styremedlemmer hadde opptrådt sterkt klanderverdig.⁵ Regelen påla et solidaransvar for styret og daglig leder for forpliktelser som oppstod en viss tid etter pliktbruddet. Ansvaret kunne ilegges uavhengig av skyld, krav om tap eller årsakssammenheng. Siden det var et solidaransvar, ble styret behandlet under ett, istedenfor en individuell vurdering av det enkelte styremedlem, slik ordningen er i dag.

² Ot. prp. nr. 19 (1974-1975) s. 16

³ NOU 1992:29 s. 38

⁴ Aktiebolagslagen

⁵ NOU 1992:29 s. 39

I høringsinstansen var det imidlertid enighet om at regelen var for streng. Departementet fant at den alminnelige erstatningsregelen var tilstrekkelig, og fulgte derfor ikke opp Aksjelovgruppens utkast på dette punktet.⁶ Regelen ble heller ikke inntatt i det andre lovutkastet som kom i stand som følge av at aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper skulle reguleres i hver sin lov. Hvorvidt erstatning skal tilkjennes som følge av brudd på asl. § 3-5, beror derfor på den alminnelige erstatningsregelen i asl. § 17-1.

Asl. §§ 3-4 og 3-5 reiste mange spørsmål forut for sin vedtagelse. Disse var primært knyttet til at reglene ville innebære en skjerpelse av styreansvaret, og mange var usikre på hva virkningen ville bli i praksis. Forarbeidene til begge lovutkast viser også at bestemmelsene var gjenstand for mye diskusjon. Denne gikk særlig ut på hvilke krav som skulle stilles til egenkapitalen, når handleplikten skulle inntre, og innholdet av denne.

Asl. § 3-4 oppstiller et krav om at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital. At kravet gjelder ”til enhver tid” gjør at selskapet pålegges en kontinuerlig plikt til å holde egenkapitalen på et forsvarlig nivå, hvilket gir regelen et preventivt preg.

Asl. § 3-5 pålegger en handleplikt for styret i to situasjoner: når egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig, eller når den må antas å være under halvparten av aksjekapitalen. Styret vil da måtte behandle saken og innkalle til generalforsamling, samt gi en redegjørelse for selskapets økonomi til denne. Videre kan styret ha en plikt til å foreslå tiltak som kan bedre den økonomiske situasjonen. Tilslutt følger det av annet ledd at handleplikten også vil pålegge styret å fremme forslag om oppløsning av selskapet i gitte situasjoner.

Forutsatt at selskapet er insolvent, kan styret være pålagt å begjære oppbud. Oppbudsplikten gjør seg gjeldende på et senere tidspunkt enn handleplikten. Plikten er straffesanksjonert i strl. § 284, men kan også medføre et erstatningsansvar.

⁶ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68-75 og s. 173

Det er ikke så mye praksis å vise til verken når det gjelder utøvelsen av asl. §§ 3-4 og 3-5, eller oppbudsplikten. At det er sparsomt med rettspraksis kan antakelig begrunnes med at reglene først og fremst aktualiseres i forbindelse med konkurs, og da de fleste boer har lite midler til rådighet, vil søksmål mot selskapets styremedlemmer ikke prioriteres.

Bestemmelsene har imidlertid fått ny aktualitet i forbindelse med finanskrisen, som for alvor gjorde sitt inntog høsten 2008. Norge har kanskje sluppet unna det verste, men konkurstraten er økende også her i landet. I 2007, året før finanskrisen, ble det åpnet 2 845 konkurser i Norge. Tallene fra 2008 og 2009 er henholdsvis 3637 og 5013.⁷ Finanskrisen ga nok et nådestøt for mange selskaper som allerede lå på vippen hva angikk videre drift. Virksomheter som fikk et akutt kapitalbehov opplevde vanskeligheter med å oppnå lånefinansiering, og i tillegg satte mange investorer seg på sidelinjen for å avvente situasjonen. Krisen illustrerte således betydningen av å holde et kontinuerlig øye med selskapets kapitalgrunnlag.

1.2 Rettskilder

Utgangspunktet for drøftelsene i denne avhandlingen er lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44, og lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45. Begge selskapsformer var tidligere regulert i samme lov, aksjeloven fra 1976.⁸ I forbindelse med lovrevisjonen ble det imidlertid funnet at de skulle reguleres hver for seg. Årsaken var dels at lovverket skulle være bedre tilpasset de ulike selskapsformene, og dels for å oppfylle Norges EØS-forpliktelser. Lovutkastet ble sendt tilbake, og det finnes derfor to sett forarbeider.⁹

⁷ Statistisk Sentralbyrå, Tabell *Opna konkursar, etter månad 2001-2009*

⁸ Lov av 4. juni 1976 nr. 69

⁹ Forh.O. 1994-95 s. 627, Innst. O. nr. 45 (1994-1995)

Aksjeloven og allmennaksjeloven er hovedsakelig skåret over samme lest, og jeg nøyer meg med henvisninger til aksjeloven. Allmennaksjeloven vil bli kommentert der denne opererer med en annen regel.

En sentral del av avhandlingen er kravet om at selskapets egenkapital må være forsvarlig. ”Egenkapital” er imidlertid primært et regnskapsrettslig begrep. Regnskapsloven, og rettskildene tilknyttet denne, vil derfor være relevante for drøftelsen av innholdet i egenkapitalbegrepet. Dette følger også av forarbeidene til aksjeloven.¹⁰

Som nevnt foreligger det to sett forarbeider bak aksjelovene. Ved motstrid vil forarbeidene til det vedtatte lovutkast gå foran. Det utkastet som ble sendt tilbake vil imidlertid gi mer veiledning på enkelte områder. I utgangspunktet vil ikke forarbeider til et tilbakesendt lovutkast omtales som forarbeidene til den endelig vedtatte lov. De nyeste forarbeidene bygger imidlertid i betydelig grad på de første, og legger til grunn tolkninger som følger av disse uten nærmere behandling. Vekten av uttalelsene vil i disse tilfellene være den samme, uavhengig av hvilket sett forarbeider de hentes fra.

Da aksjelovene ble vedtatt, ble det samtidig bestemt at det skulle gjennomføres en etterkontroll når de hadde vært i kraft i 5 år.¹¹ Som ledd i denne inviterte Justisdepartementet en rekke berørte organisasjoner og institusjoner til et høringsmøte 8. oktober 2002. Formålet med møtet var å kartlegge bestemmelser i de to lovene som var problematiske i praksis, eller som ikke hadde virket etter sin hensikt. Resultatet av etterkontrollen følger av Ot. prp. nr. 55 (2005-2006).

Den rettskildemessige betydningen av etterarbeider er varierende. Det kan argumenteres for at etterarbeider i form av uttalelser om hvordan det var meningen å forstå loven, ikke kan tillegges stor vekt. Der etterarbeider er behandlet i teorien siktes det ofte til uttalelser i

¹⁰ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52

¹¹ Innst. O. nr. 80 (1996-1997) side 4 første spalte (Kap. 1 *Merknader frå komiteen*)

forarbeidene til andre lover, uttalelser gitt i Stortinget med videre.¹² Altså etterarbeider som ikke har direkte tilknytning til arbeidet med den konkrete lov.

Ot. prp. nr. 55 (2005-2006) vil nødvendigvis være en relevant rettskilde i tolkningen av bestemmelsene som ble endret som følge av etterkontrollen ved lov av 15. desember 2006 nr. 88. Odelstingspreposisjonen inneholder imidlertid også uttalelser om bestemmelser som ikke ble endret. Disse uttalelsene bør tillegges samme vekt.

Videre vil rettspraksis være en viktig rettskilde for å fastsette det nærmere innholdet av handle- og oppbudsplikten. Det vil hovedsakelig henvises til lagmannsrettspraksis, da det er sparsomt med Høyesterettspraksis på området. Hva gjelder rettspraksis etter den gamle lov, er det slik at de nye aksjelovene umiddelbart fremstår som nokså ulike 1976-loven, særlig i form av endringer i systematikk og formuleringer. De materielle endringene er imidlertid mindre omfattende, og rettspraksis etter den eldre lov kan derfor likevel være relevant i tolkningen av de nye lovene.¹³ Hva gjelder asl. § 3-5 var ikke denne lovfestet i 1976-loven, ei heller asl. § 3-4. Sistnevnte må imidlertid sies å ha vært ulovfestet rett, hvilket for øvrig også fremkommer av forarbeidene til 1976-loven.

I tillegg til lov, forarbeider og rettspraksis vil juridisk teori i stor grad anvendes som relevant rettskildefaktor.¹⁴

Aksjeloven av 1976 ble til gjennom et nordisk samarbeid, og rettskildene fra Norden kan dermed være relevante rettskilder også for tolkningen av den norske loven. Som nevnt over er ikke forskjellen mellom dagens lovverk, og 1976-loven så stor som det umiddelbart kan se ut som. Det kan legges til grunn at de nordiske landene også i dag langt på vei har felles regulering av aksjeselskapsformene. Også EU-tilpasningene har bidratt til dette. Det må likevel tas forbehold om at de nordiske landene vil ha avvikende tradisjoner og

¹² Eckhoff (2001) s. 96-97

¹³ Andenæs (2006) s. 4

¹⁴ Eckhoff (2001) s. 270

bakgrunnsjus på enkelte områder, og de utenlandske rettskildenes relevans og vekt må følgelig vurderes konkret.

1.3 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingen er delt inn i ni kapitler. I Kap. 2 behandles de generelle erstatningsrettslige prinsippene, og hvordan disse gjør seg gjeldende på området for styreansvaret. I behandlingen av handle- og oppbudsplikten, vil det flere ganger vises til drøftelsene i Kap. 2.

I Kap. 3 behandles henholdsvis styrets generelle forvaltningsplikt og tilsynsplikten. Dette er nødvendig da særlig handleplikten er en presisering av disse, og forvaltnings- og tilsynsplikten vil derfor ha betydning for culpanormen i asl. §§ 3-4 og 3-5.

I Kap. 4 tar jeg for meg kravet til forsvarlig egenkapital, slik dette kommer til uttrykk i asl. § 3-4.

I Kap. 5 drøfter jeg styrets handleplikt etter asl. § 3-5. Det vil først gjøres rede for når denne inntre, og det nærmere innholdet av den. I tillegg vil jeg behandle hvordan plikten får ulike utslag alt ettersom egenkapitalen er på et uforsvarlig nivå, eller om den er under halvparten av aksjekapitalen.

Av Kap. 6 følger drøftelsen om oppbudsplikten, det vil redegjøres for når denne inntre og innen hvilken frist oppbud må begjæres.

I Kap. 7 behandles styrets ulovfestede opplysningsplikt overfor medkontrahenter, herunder hvilke vilkår som må være oppfylt for at den inntre.

Særlige erstatningsrettslige spørsmål som gjør seg gjeldende i forbindelse med forsømt handle- eller oppbudsplikt, vil bli behandlet i Kap. 8. Jeg har valgt å skille denne ut fra den

generelle erstatningsdelen i Kap. 2 da drøftelsene i særlig Kap. 5 og 6 utgjør grunnlaget for behandlingen i Kap. 8.

Tilslutt i Kap. 9 følger en oppsummering av det jeg har funnet i de forutgående kapitler.

2 Erstatningsrettslige spørsmål

2.1 Innledning

Styremedlemmene vil undertiden bli holdt erstatningsansvarlige for tap som selskapet, aksjonær eller kreditor har lidt som følge av styrets forsømmelse av handle- og/eller oppbudsplikten. Vilkårene for erstatning er kumulative, og det er i utgangspunktet skadelidte som har bevisbyrden for at disse er oppfylt.

På grunn av tilknytningen mellom pliktene, og sanksjonene ved en eventuell forsømmelse, er en drøftelse av det generelle erstatningsansvaret nødvendig. Jeg har valgt å behandle enkelte generelle erstatningsspørsmål som er relevante for avhandlingens tema først, fordi det i flere drøftelser senere vil henvises for eksempel til culpanormen.

I det følgende skal det redegjøres for de tre grunnvilkårene for erstatning, i tillegg vil problemstillinger som gjør seg gjeldende for styreansvaret drøftes fortløpende. Noen særlige spørsmål vedrørende erstatningsutmålingen finnes i Kap. 8.

2.2 Rent formuestap og spørsmålet om erstatningsrettslig vern

2.2.1 Innledning

Den alminnelige erstatningsretten er hovedsakelig utformet med tanke på integritetskrenkelsene, som er ansvar for skade på enten person eller ting.¹⁵

Denne formen for skade er imidlertid lite praktisk for styreansvar, som primært vil rette seg mot de rene formuestapene.¹⁶ Disse oppstår som følge av en skadevoldende handling/unnlatelse, men står ikke i noen sammenheng med verken person- eller tingsskade, herunder en integritetskrenkelse.¹⁷ Integritetskrenkelser, eller formuestap avledet av integritetskrenkelser, er sjelden aktuelle og faller også utenfor rekkevidden til bestemmelsene som er temaet for denne avhandlingen.

Erstatningsbeløpet for et rent formuestap utgjør skadelidtes reduksjon i sin formue, eller den tapte fordelen som skadelidte er påført.¹⁸

2.2.2 Erstatningsrettslig vern

På området for integritetskrenkelsene levner det som regel liten tvil om skaden nyter erstatningsrettslig vern eller ei. Et tilsvarende utgangspunkt om vern gjelder imidlertid ikke like absolutt på området for de rene formuestapene, og generelt har disse et svakere erstatningsrettslig vern enn integritetskrenkelsene. Rene formuestap vil videre, sammenlignet med integritetskrenkelsene, fremstå som langt mer uensartede, og det er derfor vanskelig å fastsette en generell ansvarsnorm på området.¹⁹

¹⁵ Lødrup (1999) s. 52

¹⁶ Aarum (1994) s. 75, Dotevall (2008) s. 68

¹⁷ Engstrøm (2008) s. 205-206

¹⁸ Engstrøm (2008) s. 206

¹⁹ Hagstrøm (1983) s. 57

Juridisk teori har vært delt i sin mening om formuestapene står i en særlig erstatningsrettslig stilling.²⁰ Når det likevel er slik at formuestapene ikke nyter det samme absolutte vern som integritetskrenkelsene, må spørsmålet om erstatningsrettslig vern vurderes konkret. Teorien har fremstilt dette som et spørsmål om den skadelidte interesse, og hvorvidt denne er erstatningsrettslig vernet.²¹

Nygaard hevder at man ikke treffer helt med problemstillingen ved å spørre om en interesse etter sin art har vern generelt. Det synes som om Nygaard er av den oppfatning at spørsmålet om erstatningsrettslig vern uansett omfattes av de alminnelige erstatningsvilkårene.²² Etter min mening har nok dette noe for seg. For eksempel vil spørsmålet om skadelidte er erstatningsrettslig vernet, uansett være en del av culpavurderingen, jf. avsnitt 2.3.4.2.

Hvem som er erstatningsrettlig vernet følger direkte av asl. § 17-1. Både selskapet, aksjonærer og eventuelle tredjemenn har lovfestet erstatningsrettslig vern mot styrets forsettlig/uaaktsomme handlinger. Hvilken interesse som er skadelidt vil imidlertid få betydning for hvilket tap som kan gjøres gjeldende som følge av forsømt handle- eller oppbudspålegg.²³

2.3 Vilkår for erstatning: ansvarsgrunnlag

2.3.1 Innledning

For at styremedlemmene skal holdes erstatningsansvarlige, må de ha handlet i strid med kravene til forsvarlig fremferd etter den alminnelige culpanormen. I det følgende skal det redegjøres for innholdet av denne, samt særlige problemstillinger som melder seg på området for styreansvaret.

²⁰ For en fremstilling av de ulike syn, se Aarum (1994) s. 75-78

²¹ Hjelmeng (2007) s. 172-173 med henvisning til Rt. 1991 s. 1335

²² Nygaard (2007) s. 177, samme oppfatning kommer også til uttrykk i Aarum (1994) s. 123

²³ Se avsnitt 2.4

Hovedregelen om erstatningsansvar følger av asl. § 17-1 første ledd:

”Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende”.

Bestemmelsen viser til den alminnelige erstatningsrettslige skyldregel, men gir ikke selv noen veiledning hva angår innholdet i denne. Asl. § 17-1 må derfor ses i lys av aksjelovgivningen, og annen lovgivning som legger føring på styrets oppgaver og plikter.²⁴ De nærmere retningslinjer for utøvelsen av regelen må trekkes opp av praksis.²⁵

Tilsvarende gjelder for allmennaksjeselskaper etter asal. § 17-1, men med den forskjell at også uavhengig sakkyndig er med i opplistingen over ansvarssubjekter.

Det finnes flere tilnærmingsmåter til culpanormen, da denne har vært gjenstand for stor strid i juridisk teori, særlig med hensyn til rettsstridslæren.²⁶ En formulering som har vunnet hevd lyder følgende:

”(…) det inntreffer erstatningsansvar for adekvat skade som er voldt ved en rettsstridig handling som kan tilregnes skadevolderen som forsettlig eller uaktsom, forutsatt at skaden har rammet en interesse som er vernet ved erstatningsreglene”.²⁷

2.3.2 Culpanormen og de rene formuestap

Culpanormen har tradisjonelt blitt utformet med sikte på integritetskrenkelsene. En gjennomgang av den alminnelige culpanormen blir derfor ikke helt dekkende da

²⁴ Aarum (1994) s. 189-190

²⁵ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 251

²⁶ Se Nygaard (2007) s. 172-173 for en fremstilling av de ulike syn fra 1800-tallet og til i dag. Om rettsstridslæren og kritikken av den, Lødrup (1999) s. 160-162.

²⁷ Hagstrøm (1983) s. 9

erstatningsansvaret etter asl. § 17-1 først og fremst retter seg mot de rene formuestapene, herunder tapt inntekt, økt kostnad eller annen forpliktelse.²⁸ At de alminnelige vilkårene for erstatning også gjelder ved de rene formuestap, er på det rene.²⁹ Særlige forhold ved styreansvaret gjør imidlertid at mange av vurderingene for å avgjøre om vilkårene er oppfylt vil måtte modifiseres noe. Mange momenter som er sentrale ved fastsettelsen av culpanormen ved integritetskrenkelser vil ikke nødvendigvis være treffende, for eksempel handlingens skadeevne.³⁰

På området for integritetskrenkelsene kan culpavurderingen forankres i generelle samfunnsbetraktninger om forsvarlig handlemåte, hva som er kutyme på området med videre. På området for de rene formuestapene er det imidlertid vanskelig å foreta en vurdering etter slike generelle normer. Erstatning for rent formuestap vil forutsette brudd på en særskilt regel, eller norm som tilsikter å verne mot den aktuelle typen skadeforvoldelse.³¹ Følgelig danner aksjelovene selv et utgangspunkt i culpavurderingen etter asl. § 17-1. Se for eksempel LA-2007-37537 hvor lagmannsretten uttalte: ”Slikt styreansvar forutsetter at rettsregler eller normer om styrets plikter er overtrådt(...)”. Avgjørende for om erstatning kan ilegges, blir derfor en tolkning av hvilke plikter aksjeloven pålegger styret.³²

2.3.3 De ulike gradene av uaktsomhet

Utgangspunktet og hovedregelen er at den uforsvarlige, skadevoldende handling gir grunnlag for erstatning for det tap som skadelidte påføres ved handlingen.

Grunndefinisjonen på skyld er at vedkommende på et gitt tidspunkt skulle handlet annerledes i den konkrete situasjonen, slik at han dermed ville hindret eller ikke satt i verk

²⁸ Se avsnitt 2.2.1 og 2.4.1

²⁹ Se Rt. 1993 s. 1399, Rt. 2000 s. 211 og Rt. 2003 s. 696

³⁰ Se avsnitt 2.3.4.3.1

³¹ Hjelmeng (2007) s. 171, Aarbakke Magnus (2004) *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje-allmennaksjeselskapsforhold* avsnitt 3.3.3

³² Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 83

den årsaksfaktoren han er påstått ansvarlig for.³³ Det at han ikke etterlevde kravet til forsvarlig fremferd gjør handlingen rettsstridig, jf. formuleringen i avsnitt 2.3.1.

Graden av skyld kan få betydning for lempningsspørsmålet, i tillegg til å påvirke rammen for ansvaret, herunder adekvansen.³⁴ Jo grovere form for skyld styremedlemmet har utvist, desto lavere terskel kan legges til grunn for hva som er en adekvat skadefølge av handlingen.

Skyldgraden varierer fra den simple eller grove uaktsomhet, til forsett.³⁵ Når det vises til uaktsomhet i asl. § 17-1, er det den simple uaktsomhet det siktes til. Her vet styremedlemmet at det er en risiko for skade (bevisst uaktsomhet), eller han er ikke klar over at det er en slik risiko, men burde være det (ubevisst uaktsomhet).

Grensen oppad fra simpel uaktsomhet er grov uaktsomhet. Rettspraksis vedrørende straffeansvar har formulert grov uaktsomhet som et markert avvik fra forsvarlig handlemåte, som gir grunnlag for sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet. Tilsvarende må gjelde også for erstatningsansvaret.³⁶ Noen videre drøftelse er overflødig da minimumskravet etter asl. § 17-1 uansett er simpel uaktsomhet.

Grensen oppad fra grov uaktsomhet til forsett beror på om styremedlemmet var bevisst på at hans handling med stor sannsynlighet ville medføre skade, eventuelt at dette var noe han måtte ha innsett.³⁷ En videre drøftelse av forsett blir også overflødig.

³³ Nygaard (2007) s. 174

³⁴ Lødrup (1999) s. 124

³⁵ Lødrup (1999) s. 122.

³⁶ Lødrup (1999) s. 123 og Rt. 1970 s. 1235

³⁷ Lødrup (1999) s. 123

2.3.4 Den objektive siden av culpanormen

2.3.4.1 Innledning

Juridisk teori har tradisjonelt delt culpanormen i en objektiv og en subjektiv side.³⁸

Culpanormens objektive side viser tilbake på selve handlingen, og om denne objektivt sett er uforsvarlig. Dersom handlingen er uforsvarlig kan den betegnes som rettsstridig, jf. formuleringen i avsnitt 2.3.1.

Rettsstridsbegrepet har vært gjenstand for stor uenighet blant teoretikerne.³⁹ For denne avhandlingen vil begrepet avgrenses til de tilfeller hvor styrets handlinger/unnlater ikke oppfyller de krav som følger av bestemmelsene om handle- og oppbudsplikten. Reglene må derfor tolkes for å slå fast hvilke plikter de pålegger styret. Tilsvarende som lov, vil selskapets vedtekter og alminnelige aksjerettslige prinsipper ha betydning for å finne frem til hvilke plikter som påhviler styret.⁴⁰

Faller styrets handling innenfor det som må anses for forsvarelig, kan den heller ikke sies å være culpøs. Selv om tapet skulle være voldt forsettlig, er det likevel ikke ansvarsbetingende.⁴¹

Har styret handlet i strid med noen av aksjelovens bestemmelser, har det formodningen for seg at dets medlemmer har handlet culpøst. Dette utgangspunktet er imidlertid ikke absolutt. Culpaansvaret forutsetter at styremedlemmet skulle, og kunne handlet annerledes, konkrete unnskyldningsgrunner kan derfor begrunne avvik fra det normale

³⁸ Hagstrøm (1983) s. 14, Nygaard (2007) s. 175 og Aarum (1994) s. 187

³⁹ Se avsnitt 2.3.1 med henvisninger

⁴⁰ Aarbakke Magnus (2004) *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje- allmennaksjeselskapsforhold* avsnitt 3.3.3

⁴¹ Aarum (1994) s. 188

handlingsmønsteret.⁴² Dette er den subjektive siden av culpanormen, og vil bli behandlet under i avsnitt 2.3.5.

2.3.4.2 Forutsetninger for anvendelsen av atferdsnormer

Med atferdsnorm mener jeg en objektivt konstaterbar norm eller regel som angir hvordan styret skal forholde seg. For denne fremstillingen vil de skrevne, lovfestede atferdsnormene være mest relevante. Atferdsnormer kan imidlertid også følge av ulovfestet rett, sedvane eller reelle hensyn.⁴³ Behandlingen av styrets opplysningsplikt i Kap. 7 vil hovedsakelig bero på ulovfestet rett.

For at culpavurderingen skal kunne forankres i en objektiv regel, må regelen være relevant. For det første må handlingen kunne subsummeres under regelen, det vil si at atferdsnormen må passe på den situasjon som foreligger.⁴⁴ For det annet må formålet bak atferdsnormen være å avverge den type tap som påberopes av skadelidte. Det betyr at den interessen som påstår å ha lidt et tap, må være den samme interessen som regelen søker å beskytte.⁴⁵ Hvem som er vernet av den aktuelle regelen vil bero på en tolkning av denne.⁴⁶ Hvilke interesser som er vernet av asl. §§ 3-4 og 3-5 og oppbudsplikten, følger av avsnitt 2.4.3.

Dersom atferdsnormen både passer på situasjonen, og søker å avverge det tapet som foreligger, kan den legges til grunn for culpavurderingen.

2.3.4.3 Aktsomhetsvurderingen

Etter rettspraksis har aktsomhetsvurderingen tradisjonelt vært sentrert rundt tre momenter, som sammen utgjør en helhetsvurdering for om culpa foreligger eller ikke. Disse er

⁴² Hagstrøm (1980) s. 295

⁴³ Hagstrøm (1983) s. 16

⁴⁴ Hagstrøm (1983) s. 18

⁴⁵ Hagstrøm (1983) s. 22

⁴⁶ Hagstrøm (1983) s. 24

handlingens skadeevne, muligheten for å avverge skaden og muligheten for å oppdage risikoen for skade.⁴⁷

2.3.4.3.1 Skadeevnekriteriet

Etter alminnelig erstatningsrett er skadeevnekriteriet utformet som en vurdering om sannsynligheten for skade. Jo større risiko for skade, desto større grunn til å utvise den nødvendige aktsomhet. Muligheten for et betydelig skadeomfang tilsier en strengere aktsomhetsnorm.⁴⁸ Dette medfører en skjerpet aktsomhetsvurdering på særlig risikoutsatte områder.⁴⁹ En begrensning ligger i at skadeevnen må ha vært påregnelig for skadevolder, herunder at skadevolder forstod, eller burde forstått, at handlingen innebar en risiko for skade på omgivelsene.⁵⁰

Skadeevnekriteriet er helt sentralt i culpavurderingen for integritetskrenkelsene. Dette utgangspunktet er ikke like absolutt for ansvar for rent formuestap. Skadeevnekriteriet vil måtte vurderes konkret da arten av de rene formuestapene kan være meget ulike.⁵¹

Hva gjelder styrets generelle forvaltningsansvar, må skadeevnekriteriet modifiseres, undertiden temmelig betraktelig. Driften av ethvert selskap vil nødvendigvis innbære noe risiko. De avgjørelsene styret må treffe har ofte en risiko for tap, men også mulighet for gevinst.

Nettopp risikoen ved virksomheten gjør at skadeevnekriteriet, slik det vanligvis anvendes i culpavurderingen, er mindre egnet for styreansvaret. Dersom risikoen realiseres, og medfører tap for selskapet, betyr ikke det nødvendigvis at styret har utvist

⁴⁷ Hagstrøm (1983) s. 39

⁴⁸ Lødrup (1999) s. 139, Hagstrøm (1983) s. 35

⁴⁹ Lødrup (1999) s. 135

⁵⁰ Lødrup (1999) s. 145-146

⁵¹ Aarum (1994) s. 193

erstatningsbetingende uaktsomhet. Skulle det vært et alminnelig utgangspunkt, ville det bakbundet styret i relasjon til hvilke beslutninger som kunne fattes. Reglene bør ikke utformes så strengt at styret ikke tør å ta den risiko som leilighetsvis er nødvendig, men også ønskelig, for at selskapet skal drives med økonomisk gevinst.⁵²

Hva gjelder styrets handle- og oppbudsplikt, og dets handlefrihet til å forsøke å redde selskapet, vil de senere drøftelser vise at dette er ganske stort. Skadeevnekriteriet vil derfor få begrenset betydning fordi det kan være en risiko for at kreditor vil lide tap, uten at dette nødvendigvis betyr at styret har handlet uforsvarlig i sitt forsøk på å redde selskapet.

Skadeevnekriteriet har således bare begrenset betydning i culpavurderingen på området for styrets ansvar, og det bør derfor vurderes konkret i hvert tilfelle om kriteriet overhodet er egnet til å fastslå ansvar for styret. Både selskapet og tredjemann må antagelig tåle å bli påført tap i større omfang enn det som gjelder på området for person- og tingsskader, før det kan være aktuelt å ilegge erstatningsansvar for styret.⁵³ Dette vil for eksempel gjelde der styret har tatt et strategivalg som medfører tap.

2.3.4.3.2 Muligheten for avverge skaden

Dette vurderingstemaet tolker jeg slik at det viser til to ulike situasjoner på området for integritetskrenkelsene. For det første at skadevolder kunne avverget skaden, enten ved å ikke handle i det hele tatt, eller ved å handle annerledes. For det annet viser det til de tilfellene hvor skadevolder har satt en årsaksrekke i gang, men har muligheten til å avbryte denne, og således avverge skaden. Dette kan nok også overføres til området for styreansvaret.

⁵² Aarum (1994) s. 197, og Rt. 1991 s. 119 som er behandlet i avsnitt 4.5.4

⁵³ Aarum (1994) s. 198

Kunne tapet vært unngått, vil det lett kunne slås fast at styrets handling var rettsstridig. Forutsetningen er selvfølgelig at en alternativ handling var praktisk mulig.⁵⁴ Dette blir et spørsmål om årsakssammenheng.⁵⁵

Årsaksspørsmålet volder derfor færrest vanskeligheter ved unnlatt oppbudsplikt. Da vil alternativet være å melde oppbud rettidig, og således unngå tap.

Når det gjelder handleplikten blir årsaksbildet mer komplisert. Forutsatt at styret faktisk har satt i verk tiltak, men at disse ikke oppfyller betingelsen i asl. § 3-5 om at egenkapitalen må bli forsvarlig igjen, blir spørsmålet om tapet kunne vært unngått om andre alternative tiltak hadde blitt iverksatt i stedet. Det må således foretas en hypotetisk årsaksanalyse om hva situasjonen ville vært dersom styret, for å oppfylle handleplikten, hadde satt i gang et annet tiltak. Det er opp til skadelidte å bevise at andre tiltak ikke ville medført tap. Dette reiser vanskelige årsaksspørsmål fordi de alternative tiltakene må vurderes i ettertid, med en hypotetisk antagelse om hvilke utslag de ville gitt. Denne formen for etterpåklokskap overfor styrets beslutninger kan være betenkelig.⁵⁶

Som nevnt innledningsvis, vil det å avverge skaden også kunne innebære å avbryte en årsaksrekke som allerede er satt i gang. Hva angår styrets handlinger vil nok dette ikke alltid være uproblematisk. Har styret først disponert, men senere innser at det kan medføre et tap, er det ikke nødvendigvis gitt at styret kan foreta en handling for å avverge dette. En handling eller beslutning kan ikke alltid omgjøres uten at dette medfører ytterligere tap, for eksempel ved å tre ut av inngått, bindende kontrakt.

Kravet om muligheten til å avverge skaden er samtidig et krav om reaksjon mot risiko for skade. En reaksjon kan imidlertid ikke kreves for hvem som helst. Den påståtte skadevolder må ha en tilknytning til risikoen i det konkrete tilfellet.

⁵⁴ Hagstrøm (1983) s. 41

⁵⁵ Se avsnitt 2.5

⁵⁶ Se avsnitt 4.5

Tilknytning er et minstekrav for å pålegge ansvar, og trekker således opp grensen mellom hvem som har handlefrihet, og hvem som må opptre aktsomt.⁵⁷ Kravet kommer til uttrykk i asl. § 17-1 ved at styremedlemmet må ha voldt skade ved forsettlig, eller uaktsom handling i egenskap av å være styremedlem. At styremedlemmene har den nødvendige tilknytningen etter handle- og oppbudsplikten, fremgår av henholdsvis asl. § 3-5 og § 6-18.

2.3.4.3.3 Muligheten for å oppdage risikoen for skade

Dette er en del av den subjektive vurderingen, se neste avsnitt. Momenter vil være graden av skyld (avsnitt 2.3.3) og skadevolders kunnskap eller mangelen på sådan, enten dette gjelder faktiske forhold (avsnitt 2.3.5.3) eller de rettsregler som gjelder på området (avsnitt 2.3.5.4).⁵⁸

2.3.5 Den subjektive siden av culpanormen

2.3.5.1 Innledning

Den subjektive siden av culpanormen oppstiller et krav om skyld. Vurderingen er individuell, og tilknyttes derfor det enkelte styremedlemmet, og hvorvidt dennes handling må betegnes som uaktsom. Aktsomhetsvurderingen må ta utgangspunkt i den situasjonen styremedlemmet befant seg i på det aktuelle tidspunktet, ikke hvordan denne fremstår i ettertid.⁵⁹

Dersom styremedlemmet har en relevant subjektiv unnskyldningsgrunn, kan det ikke ilegges ansvar, selv om handlingen objektivt sett er rettsstridig. Uten subjektive unnskyldningsgrunner ville culpaansvaret vært et rent objektivt ansvar. Handlingen må

⁵⁷ Nygaard (2007) s. 182

⁵⁸ Hagstrøm (1983) s. 66

⁵⁹ Andenæs (2006) s. 657

derfor både være rettsstridig, og fri for unnskyldningsgrunner for å være ansvarsbetingende.⁶⁰

Subjektive unnskyldningsgrunner kan for eksempel være mangel på erfaring eller kompetanse, eller uvitenhet om faktiske eller rettslige forhold. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvorvidt dette er relevante unnskyldningsgrunner som kan fritta styremedlemmene for ansvar.

2.3.5.2 Styremedlemmers erfaring og kompetanse

Det klare utgangspunkt er at culpanormen er objektiv, den samme normen vil gjelde for alle. Når kravet til aktsomhet skal fastsettes, skjer dette som hovedregel uavhengig av subjektive forhold hos styremedlemmet. Det skal derfor en del til før styremedlemmet kan fritas for ansvar. I rettspraksis er tendensen at dersom handlingen først blir funnet å være uaktsom objektivt sett, vil styremedlemmene vanskelig høres med at det foreligger relevante unnskyldningsgrunner.⁶¹

Manglende erfaring eller kompetanse er derfor som hovedregel ingen relevant unnskyldningsgrunn.⁶² Befinner et styremedlem seg på et område hvor hans evner er utilstrekkelige, fritar ikke dette for ansvar, det er den stilling vedkommende opptre i som er avgjørende for vurderingen.⁶³ Det faller følgelig på styremedlemmets egen kappe at han ikke er kompetent til å inneha et slikt verv.⁶⁴

Motsetningsvis skulle dette innebære at betydelig kunnskap eller erfaring hos et styremedlem, gir en skjerpet aktsomhetsvurdering i saker innenfor vedkommendes

⁶⁰ Nygaard (2007) s. 175

⁶¹ Aarum (1994) s. 227

⁶² Dotevall (2008) s. 73-74

⁶³ Lødrup (1999) s. 152

⁶⁴ Aarum (1994) s. 222-224, Andenæs (2006) s. 658

spesialområde.⁶⁵ På den annen side er styret et kollegialt organ, hvor alle i utgangspunktet deltar på lik linje. Videre er spørsmålet om rettsbrudd objektivt, den som holder seg innenfor denne normen kan ikke holdes ansvarlig på grunn av sin kompetanse.⁶⁶ Styremedlemmer med særlig kunnskap vil nok likevel bli bedømt strengere i aktsomhetsvurderingen. I alle tilfeller må dette gjelde dersom denne kunnskapen foranlediger forholdsregler fra styremedlemmets side for å redusere risikoen.⁶⁷

I Eidsivating lagmannsrett 15. desember 1972, fant retten at det ikke var relevant at styremedlemmet manglet forretningsmessig kyndighet, ei heller at styremedlemmet manglet reell innflytelse på selskapets økonomi.

At manglende innsikt ikke er en unnskyldningsgrunn, er også fastslått i Gulating lagmannsrett 13. desember 1990, hvor liten innsikt i regnskapsspørsmål og forretningsdrift ikke ble ansett for relevant.⁶⁸

Se også RG-2007-1625 (Bømmeløy Hotell drift) hvor lagmannsretten fant at styrets urealistiske håp om fortsatt drift i selskapet i betydelig grad måtte tilskrives styrets manglende evne til å sette seg inn i selskapets økonomi, slik den kritiske situasjonen forutsatte. Styremedlemmene ble derfor holdt ansvarlige.

Et unntak kan følge av tilfeller av alvorlig sykdom, se Eidsivating lagmannsrett, RG 1994 s. 145. Lagmannsretten konstaterte først utgangspunktet, at culpanormen er objektiv, og at dette også gjelder ved sykdom:

⁶⁵ Aarum (1994) s. 226

⁶⁶ Se avsnitt 2.3.4.1, Andenæs (2006) s. 658

⁶⁷ Lødrup (1999) s. 153

⁶⁸ Ankesak nr. 256/1989

”Han kan derfor normalt ikke høres med at han ikke maktet å sette seg inn i selskapets drift for å vurdere om fortsatt drift er forsvarlig. Den som forstår at han ikke kan oppfylle sin rolle som styremedlem, vil få plikt til å tre ut slik at kompetente personer kan overta”.

Her var imidlertid saksøkte så psykisk og fysisk syk, at det ut fra en konkret vurdering ikke kunne ilegges ansvar. Lagmannsretten påpekte imidlertid at det i alminnelighet skal mye til før et slikt fritak er aktuelt.

2.3.5.3 Faktisk villfarelse

Faktisk villfarelse innebærer at styremedlemmet var uvitende om de faktiske forhold som var årsak til tapet. Spørsmålet er om dette er en relevant unnskyldningsgrunn som kan frita for ansvar.

Har styremedlemmet gjort det som rimelig kan forventes i relasjon til det å erverve kunnskap, vil han ha opptrådt forsvarlig objektivt sett, og hans uvitenhet kan da være unnskyldelig. Hva som rimelig kan forventes av det enkelte styremedlem, beror på en tolkning av de plikter aksjeloven pålegger styret. Dersom styremedlemmet burde hatt kunnskap om det konkrete forholdet ut fra styrets plikter, kan han bli holdt erstatningsansvarlig.

Relevant for både handle- og oppbudsplikten, er tilsynspliktene i asl. § 6-12 tredje ledd og § 6-13.⁶⁹ En praktisk problemstilling er om ansvaret for mangelen på informasjon må tilskrives administrasjonen, og ikke styret. Her vil forholdet til daglig leder stå sentralt, særlig daglig leders rapporter, jf. asl. § 6-15 første ledd. Det er ikke gitt at styremedlemmet vil gå fri for ansvar med henvisning til at han ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon.⁷⁰

⁶⁹ Se Kap. 3

⁷⁰ Se avsnitt 2.3.6, 3.2.4 og 3.3.3

Som det vil følge av den senere drøftelse, er styret pålagt en aktivitetsplikt for å skaffe seg informasjon om den daglige drift.⁷¹ Hvilke rutiner som skal gjelde for rapporteringen er hovedsakelig et styreanliggende, og dersom denne er mangelfull er dette ansvarsbetingende for styret, ikke daglig leder/administrasjonen. Faktisk villfarelse på grunn av manglende kunnskap, som styremedlemmet burde hatt dersom tilsynsplikten hadde vært oppfylt, er derfor ikke en relevant unnskyldningsgrunn.

I LG-1993-1135 anførte styreleder at manglende kunnskap om selskapets økonomiske stilling skyldtes revisors oppfatning om at det var grunnlag for fortsatt drift. Dette ble ikke tillagt vekt av lagmannsretten. Retten fant at styreleder måtte ha forstått alvoret i de økonomiske problemene, og han kunne derfor ikke fritas for ansvar med henvisning til at revisor mente det var grunnlag for fortsatt drift. Lagmannsretten uttalte at han i egenskap av styreformann og daglig leder hadde plikt til i nødvendig grad å sette seg inn i selskapets regnskaper, i tillegg til å vurdere selskapets økonomiske utvikling uavhengig av revisor. Han ble derfor ilagt erstatningsansvar.

Faktisk villfarelse vil ha nær tilknytning til spørsmålet om erfaring og kompetanse. Mangelen på kunnskap vil i mange tilfeller kunne tilbakeføres til manglende forståelse, eller innsikt. I så fall er villfarelsen ikke unnskyldelig på bakgrunn av at styremedlemmet uaktsomt har fortsatt et styreverv han ikke var kompetent til å inneha. I ovennevnte lagmannsrettsdom fra 1993 uttalte retten at styreleders påstand om at hans uvitenhet om selskapets økonomiske stilling skyldtes manglende regnskapsinnsikt, ikke kunne tas til følge.

2.3.5.4 Rettsvillfarelse

Villfarelse med hensyn til den regel eller norm som gjør handlingen ulovlig eller rettsstridig (rettsvillfarelse) er som hovedregel, og det klare utgangspunkt, ikke

⁷¹ Se avsnitt 3.2.4

ansvarsbefriende.⁷² Som styremedlem forutsettes det at man har den nødvendige kunnskap om de bestemmelser som gjør seg gjeldende. I LE-2009-97686 fant retten at styreleder/daglig leder som profesjonell part skulle ha satt seg inn i bustadoppføringslova, i det minste betydningen av lovens preseptoriske regler som ikke lovlig kan fravikes til skade for forbrukeren.

2.3.6 Særskilt om culpanormen for styreleder og andre styremedlemmer

Culpavurderingen må gjøres særskilt for alle styremedlemmene. Det må tas stilling til hvilken informasjon styremedlemmet hadde, eller burde hatt i kraft av sitt verv, om selskapet på det aktuelle tidspunktet. Spørsmålet i det følgende blir derfor hva som vil påvirke culpanormen i dette henseende.

I og med at det er styreleder som skal sørge for at aktuelle saker får nødvendig styrebehandling (asl. § 6-20), vil han ofte sitte på mer informasjon vedrørende den daglige driften enn et alminnelig styremedlem, og således også varamedlemmer hvis oppmøte kun har vært sporadisk.

Et eksempel på sistnevnte er RG 2004 s. 484. Etter kjæremål til lagmannsretten ble tingrettens kjennelse om konkurskarantene for A, som hadde opptrådt som varamedlem, opphevet. Lagmannsretten la til grunn at A ikke hadde deltatt i styremøter som styremedlem, eller på annen måte tatt del i forvaltningen av selskapet. Retten uttalte at det ved avgjørelsen av et varamedlems ansvar i forhold til regnskaps- og selvangivelsesplikt, vil være avgjørende om vedkommende faktisk har fungert som styremedlem, og tatt del i den beslutningsprosessen som danner grunnlaget for regelbruddsansvaret. Fravær fra styrebehandling vil følgelig være relevant for varamedlemmer, men ikke for styremedlemmer med hyppig fravær.

⁷² Hagstrøm (1983) s. 67

Styreleder er nok i en mer utsatt posisjon hva gjelder søksmål enn de øvrige styremedlemmene. Dette kommer blant annet av pliktene etter asl. §§ 6-10, 6-21 som medfører at styreleder normalt har tettere kontakt med administrasjonen vedrørende driften av selskapet, enn de alminnelige styremedlemmene.

Videre kan man kanskje si at de særlige kravene som stilles til styreleder kommer av en egen rolleforventning. Nygaard hevder at problemet om hva er som rimelige krav og forventninger til skadevolder i det konkrete tilfellet, vil bli noe klarere dersom man bryter det ned til stikkordet ”rolleforventning”:

”Uttrykket går på at *adressaten* for krav og forventning i det enskilde tilfelle innehar ein mellom menneskeleg *rolle*. Det er som rolle innehavar det blir stilt krav og forventningar til han. Og det er *omverda*, her konkretisert i relasjon til skadelidne, som stiller kravet og forventningane til innehavaren av denne rollen om å reagere mot risiko”.⁷³

Den skjerpede aktsomhetsvurderingen for styreleder vil dermed også kunne begrunnes ut fra omverdenens rolleforventning til denne. Vervet innebærer at det i større grad vil forventes, eller kreves at han har den nødvendige kunnskap om selskapets drift.

I LF-2004-987 (Devold tekstil) var styreleder saksøkt av selskapets konkursbo med påstand om unnlatt oppbud, og brudd på reglene om forsvarlig egenkapital. Lagmannsretten uttalte:

”Et erstatningsansvar for styreleder kan ikke begrunnes med rene risikobetraktninger. Her som ellers er det et vilkår for ansvar at styreleder kan bebreides for at problemene ikke ble løst tidligere”.

Etter en konkret vurdering av styreleders handlinger, kom flertallet til at styreleder ikke kunne bebreides for at den økonomiske situasjonen i selskapet ikke hadde blitt avklart tidligere. Han hadde således oppfylt de krav til forsvarlig fremferd som med rimelighet kunne stilles til ham som styreleder.

⁷³ Nygaard (2007) s. 179

I LF-2005-10724 uttalte lagmannsretten at et sentralt utgangspunkt for ansvarsvurderingen var at saksøkte både var majoritetsaksjonær, styremedlem og daglig leder. Retten la dermed føring på en skjerpelse av aktsomhetsnormen. Saksøkte ble holdt erstatningsansvarlig for tap en leverandør ble påført da selskapet gikk konkurs. Hans dominerende stilling, hans kunnskap om selskapets virksomhet og at han i alle viktige sammenhenger representerte selskapet, gjorde at aktsomhetskravet ble skjerpet. Saksøkte kunne her vanskelig ha påberopt seg noen relevante unnskyldningsgrunner.

Den daglig driften av selskapet vil i stor grad være tillagt daglig leder, jf. asl. §§ 6-14 og 6-21. Han kan derfor være nærmere til å bære ansvaret for forhold som faller inn under den daglig administrasjon. At selskapet har daglig leder, vil derfor kunne påvirke hvilket krav til aktsomhet som stilles overfor styremedlemmene.⁷⁴

Se for eksempel Rt. 1992 s. 93, hvor styreleder var påstått erstatningsansvarlig for at det ikke var foretatt skattetrekk de to siste månedene før bedriften gikk konkurs. Høyesterett uttalte at styreformannen i en viss grad måtte kunne basere seg på at gjennomføringen og betalingen av skattetrekk ble ivaretatt av bedriftens administrasjon, som styreformannen i dette tilfellet stod utenfor. Det kunne heller ikke være tilstrekkelig til å anse styreformannens forhold som grovt uaktsomt at han kjente til bedriftens vanskelige økonomi, at opplysninger vedrørende skattetrekk var tilgjengelig for ham, og at han etter sine personlige forutsetninger måtte vite hvilke regler som gjaldt for skattetrekk. Den fellende dommen fra herredsretten ble derfor opphevet hva angikk styreformannen, men opprettholdt for daglig leders del.

I LE-2004-16121 var det spørsmål om konkurskarantene hos styremedlem/de facto styreleder i et selskap skulle opprettholdes etter kkl. § 142 første ledd nr.1. Her hadde styreleder konkret kunnskap om at selskapet skyldte over 300 000 kroner i skattetrekksmidler. Med utgangspunkt i styrets generelle forvaltningsansvar, fant

⁷⁴ *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) s. 946, Andenæs (2006) s. 656

lagmannsretten at styreleder hadde en klar handleplikt fra det tidspunkt han ble klar over restansene hva angikk innbetaling av skattetrekk. Selv om daglig leder hadde en sentral rolle i driften, medførte styreleders kunnskap om situasjonen til at lagmannsretten fant at det hadde påhvilt ham en særlig plikt til å forsikre seg om at innbetaling av skattetrekk faktisk ble gjort.

Forskjellen fra Rt. 1992 s. 93 er tilsynelatende at styreleder i denne saken hadde faktisk kunnskap om den manglende innbetaling av skattetrekk. Likevel virker det som om Høyesterett i ovennevnte dom strekker grensen for hva som er aktsomt langt. Det må imidlertid påpekes at saken gjaldt straffansvar etter da gjeldende skattebetalingslov § 51, og at vilkåret etter denne var grov uaktsomhet.⁷⁵ Erstatningsansvar vil dessuten inntre på et tidligere tidspunkt enn straffansvar.

Oppsummeringsvis vil culpanormen måtte vurderes konkret for hvert styremedlem. For eksempel vil ordinære styremedlemmer måtte vurderes strengere enn varamedlemmer. Styreleder vil igjen måtte vurderes etter en strengere norm enn de ordinære styremedlemmer, men styreleders rolle må også ses i sammenheng med daglig leder, dersom selskapet har det.

Med hensyn til styreleder vil det ha betydning hvilke plikter som påstås å være forsømt, og om det er naturlig å tilskrive ham disse. Er det tale om rent administrative oppgaver er daglig leder nærmere til å bære ansvaret. Dersom styreleder, eller styret for øvrig, har konkret kunnskap om forsømmelsen av disse, kan det imidlertid likevel ilegges et erstatningsansvar.

2.3.7 Styremedlemmers solidaransvar

Når flere kan holdes ansvarlige for samme skade, følger det av skl. § 5-3 at erstatningsansvaret blir et solidaransvar for disse.

⁷⁵ Lov-1952-11-21-2

Selv om erstatningsansvaret i første rekke er et individuelt ansvar, er solidaransvaret praktisk da aksjelovene pålegger styret plikter som organ, ikke overfor det enkelte styremedlem. Da vil gjerne flere styremedlemmer ha handlet erstatningsbetingende på samme tid. Videre vil styreansvaret ofte aktualiseres ved unnlater, som i praksis også vil tilknyttes flere styremedlemmer.

Solidaransvar innebærer at skadelidte selv kan velge hvilket styremedlem han vil søke erstatning hos. Dette styremedlemmet har til gjengjeld mulighet til å kreve regress fra de andre i styret som har handlet erstatningsbetingende. Styremedlemmer med god økonomi blir følgelig mer utsatt for søksmål, siden dekning hos disse er mest sannsynlig.

Se for eksempel LF 2006-118756 (Delta Management I) og LF 2009-47256 (Delta Management II), hvor en aksjonær først saksøkte et styremedlem i et avvirket selskap uten å få medhold. Han saksøkte deretter et annet styremedlem, i tillegg til styreleder for det samme tapet, også her uten å få medhold. Hadde styremedlemmet i den første saken blitt funnet ansvarlig, kunne han krevet regress hos det andre styremedlemmet og styreleder.

Dersom bare ett styremedlem saksøkes, kan han trekke inn det øvrige styret i saken etter tvl. § 15-2 (2) jf. §§ 15-1(1) litra a og c, og 15-2 (1) litra b. Dette kalles subjektiv kumulasjon, og vil være praktisk der styremedlemmet, om han taper, vil ha et regresskrav mot andre i styret. Vilkåret er at domstolen må være rett vernet for ett av de opprinnelige kravene, og at saken kan føres med tilsvarende sammensetning av retten, og etter hovedsakelig de samme saksbehandlingsregler, jf. tvl. § 15-1 (1) litra a og c.⁷⁶ Videre må ingen av partene motsette seg kumulasjonen, og det må være så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak, jf. tvl. § 15-2 (2) jf. § 15-2(1) litra b. Til slutt er det et vilkår at kumulasjonen ikke medfører vesentlig forsinkelse eller vanskeliggjøring av saken, jf. tvl. § 15-2(3).

⁷⁶ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 419

2.4 Vilkår for erstatning: tap/skade

2.4.1 Innledning

Det andre vilkåret for erstatning er at det må være lidet et tap. Dette kommer til uttrykk i asl. § 17-1 hvor styremedlemmer blir pålagt å erstatte ”skade” som følge av forsettlig, eller uaktsomme handlinger.

Hovedregelen er full erstatning, og dette innebærer at skadelidte skal stilles som om skaden/tapet aldri hadde inntruffet. Dette følger av skl. § 4-1, og gjelder uavhengig av livsområde og hva som er grunnlaget for ansvaret.⁷⁷ Skadelidte kan imidlertid ikke kreve full erstatning dersom tiltak kunne vært truffet fra dennes side for å begrense tapet, jf. skl. § 5-1 nr. 2.

Det må være et økonomisk tap, følgelig må skaden kunne verdsettes i kroner. Dette gjelder i utgangspunktet ikke bare rent formuestap, men også skade på person, psykisk eller fysisk, skade på ting med videre. Det er imidlertid, som tidligere nevnt, de rene formuestapene som er mest aktuelt for denne fremstillingen. Tapet for selskapet kan bestå i tapte inntekter, økte kostnader, forringelse eller tap av eiendeler eller en gjeldsøkning.⁷⁸

Ved de rene formuestapene er det formuesreduksjonen, eller den tapte fordel som utgjør det erstatningsmessige tapet. Avsavnet av kapitalen kan erstattes med renter, men også utgjøre en særlig erstatningspost dersom avsavnet har medført ytterligere tap.⁷⁹ Dette gjør at erstatningsberegningen kan fremstå som enklere enn ved integritetskrenkelser, men også her vil utmålingen tidvis reise vanskelige problemstillinger.⁸⁰

⁷⁷ Lødrup (1999) s. 395

⁷⁸ Se Monsen (2010) s. 2-3, som uttaler at ” Erstatningskrav er altså i alminnelighet betinget av en nærmere angitt *faktisk negativ effekt* av interessekrenkingen, nemlig formuesreduksjon”. Også Nygaard (2007) s. 62

⁷⁹ Lødrup (1999) s. 409

⁸⁰ Om erstatningsutmålingen for forsømt handle- eller oppbudsplikt, se Kap. 8

2.4.2 Nærmere om skillet mellom direkte og indirekte tap

2.4.2.1 Innledning

Asl. § 17-1 hjemler i dag et erstatningsansvar for styremedlemmene både overfor selskapet, aksjonærer og kreditorer. Dette var gjenstand for atskillig diskusjon før endringslov av 15. desember 2006 nr. 88. Del av diskusjonen omhandlet skillet mellom direkte og indirekte tap, herunder aksjonærer og kreditorers adgang til å fremme krav om erstatning for selskapets tap. Dette skillet har imidlertid fortsatt betydning, da nevnte endring ikke samtidig innebar noen endring av asl. § 17-6.⁸¹

Dersom en erstatningsbetingende handling/unnlatelse retter seg mot selskapet, er dette et direkte tap for selskapet, men et indirekte tap for selskapets aksjonærer/kreditorer. Med indirekte tap menes derfor tap som er avledet av selskapets tap. Ordlyden i asl. § 17-6 synes å forutsette en adgang for aksjonær/kreditor til å fremme krav om erstatning for selskapets tap.⁸² Tilsvarende kan også leses ut av forarbeidene til bestemmelsen.⁸³ Skillet mellom direkte og indirekte tap får betydning for hvilke krav som kan gjøres gjeldende uavhengige av selskapet. Dersom aksjonærs/kreditors krav er basert på et indirekte tap, vil deres krav være subsidiært i forhold til selskapets, jf. asl. § 17-6.

Juridisk teori og rettspraksis har benyttet begrepet *særkrav* både for aksjonærs/kreditors direkte og indirekte tap. Jeg synes ikke dette treffer helt fordi særkrav leder tanken hen på et særskilt eller eget krav, noe som passer dårlig for de indirekte tapene. På den annen side vil de indirekte tapene ikke være helt uselvstendige, de vil for eksempel være i hvert fall delvis uavhengige av rettsforholdet mellom selskapet og skadevolder.⁸⁴ Jeg vil derfor

⁸¹ Ot. prp. nr. 55 (2005-2006) s. 114

⁸² Sæbø (2002) s. 208, Aarum (1999) s. 70, Perland (1999) s. 133, *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) s. 958. Annerledes Andenæs (2006) s. 666-667 som mener at aksjeeieres erstatningsrettslige vern må avgjøres på annet grunnlag, og videre at enkeltaksjonær ikke bør ha mulighet til å forfølge sitt krav på forholdsmessig andel av selskapets tap overhodet.

⁸³ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 121-122 og s. 181

⁸⁴ Sæbø (2002) s. 201

hovedsakelig bruke begrepene direkte eller indirekte tap for å klarere illustrere hva slag tap det er tale om. *Særkrav* vil likevel bli brukt der det siteres fra teori eller rettspraksis.

2.4.2.2 Direkte eller indirekte tap?

Problemstillingen i det følgende er hvordan skillet mellom direkte eller indirekte tap nærmere skal fastsettes.

Minst problematisk er tilfellet der den uaktsomme handling retter seg direkte mot enkeltkreditor. Et eksempel her er Rt. 1998 s. 276. Daglig leder, som også var styreformann og eneaksjonær i et selskap som drev bruktbilsalg, ble holdt erstatningsansvarlig med hjemmel i tidligere aksjelov § 15-1 for å ha gitt uriktige, eller mangelfulle opplysninger om bilens kilometerstand. Se også LE-2009-97686, hvor erstatning ble tilkjent som følge av at styreleders fortielse om selskapets økonomiske stilling medførte et direkte tap for selskapets kontraktspart. Slike direkte tap kan gjøres gjeldende uavhengige av selskapet og asl. § 17-6.

Spørsmålet i det følgende er hvordan vurderingen blir når styrets uaktsomme handlinger retter seg mot selskapet.

Som et generelt utgangspunkt vil styrets vanskjøtsel av selskapets anliggender bare være ansvarsbetingende overfor selskapet.⁸⁵ Styrets forsømmelse medfører en forringelse av selskapets formuesstilling, som utgjør et direkte tap for selskapet.

For aksjonærene vil dette innebære et verdifall på aksjene i selskapet. Det er dette verdifallet på aksjonærenes selskapsandel som utgjør aksjonærenes indirekte tap.⁸⁶ Dette omtales som skade på aksjonærenes selskapsinteresse.⁸⁷

⁸⁵ Aarum (1999) s. 74

⁸⁶ Aarum (1999) s. 65

⁸⁷ NOU 1992:29 s. 210

Forringelsen av selskapsformuen vil også medføre et indirekte tap for kreditorene. Tapet består i at kreditorenes dekningsmuligheter minskes etter hvert som selskapsformuen forringes.

Direkte og indirekte tap var et av temaene i LF-2006-118756 (Delta Management I) og LF-2009-47256 (Delta Management II). Saksøker var her selskapets aksjonær (senere omtalt som Køhler).

Om sontringen mellom direkte og indirekte tap, konstaterte lagmannsretten i Delta Management I først at styremedlemmene som utgangspunkt svarer overfor selskapet. En aksjonær kan gjøre krav gjeldende, men dette er subsidiært i forhold til selskapets krav, jf. asl. § 17-6. Lagmannsretten uttalte at den forstod bestemmelsen slik at den ikke er til hinder for at en aksjonær kan reise krav om erstatning dersom selskapet ikke har reist et slikt krav. Og videre:

”I den grad aksjonærens krav sammenfaller med selskapets, vil det imidlertid uansett ikke være tale om annet enn et forholdsmessig tap, og slik at hans krav må komme til fradrag i selskapets. Det må imidlertid antas at ansvaret i egenskap av styremedlem overfor enkeltaksjonærer ikke kan strekkes lenger enn ansvaret i forhold til selskapet. Det må følgelig forutsettes et ansvarsbetingende forhold i tillegg for å kunne holde et styremedlem ansvarlig for tap ut over andelen av selskapstapet. (...)Det er følgelig ikke tilstrekkelig å påvise tilsidesettelse av pliktene som påhviler qua styremedlem for å oppnå erstatning ut over selskapstapet”.

Hvorvidt det faktisk dreide seg om et direkte eller indirekte tap behøvde imidlertid ikke lagmannsretten ta stilling til, da det ikke ble funnet at styremedlemmet hadde handlet erstatningsbetingende uaktsomt.

Et indirekte tap vil etter dette aldri kunne overstige selskapets direkte tap, da styret ikke kan holdes ansvarlig utover andelen av selskapstapet. Skal aksjonærene eller kreditorene ha krav på ytterligere erstatning, må det ha grunnlag i at de har lidt et direkte tap i tillegg, jf. eksempelet over.

I Delta Management II fant lagmannsretten at det klart forelå ansvarsgrunnlag som følge av styreleders (senere omtalt som Marstrand), og styremedlems (Rø) uaktsomhet. Styreleder hadde tilsidesatt sine plikter etter asl. § 6-12 tredje ledd, og ført mangelfull internkontroll med daglig leders disposisjoner, jf. asl. § 6-13 første ledd. Retten fant at aksjonærens tap var et indirekte tap, avledet av selskapets tap. Han hadde følgelig bare rett til å kreve en forholdsmessig del erstattet etter asl. § 17-6.⁸⁸

Dommen gjaldt ansvar for forsømt tilsyns- og forvaltningsplikt. Den må imidlertid anses for relevant også for forsømt handleplikt etter asl. §§ 3-4 og 3-5. Sistnevnte er, som det vil redegjøres for senere, en presisering av styrets generelle forvaltningsplikt.⁸⁹ Når selskapstapet som følge av forsømt forvaltningsplikt er et indirekte tap for aksjonærene, må selskapstapet som følge av forsømt handleplikt også være det. Oppfyllelse av forvaltnings- og tilsynsplikten vil være en forutsetning for at styret skal ha den kunnskap som er nødvendig for å sette i verk nødvendige tiltak etter asl. § 3-5. I tillegg vil både forsømt forvaltnings- tilsyns- og handleplikt innebære en forringelse av selskapets formuesstilling. Aksjonærs/kreditors tap vil derfor i alle tilfeller være avledet av selskapets krav.

Av tingrettens dom fremgår det at tapet ble funnet å være et direkte tap med den begrunnelse at den registrerte aksjekapitalen, og øvrig innbetalt kapital fra aksjonærer og investorer, var intakt frem til daglig leder begikk sine misligheter.⁹⁰ Tingretten fant derfor at selskapet frem til dette punkt ikke hadde noe krav mot saksøkte. Saksøkers krav var et direkte tap som ikke konkurrerte mot det krav selskapet senere fremmet mot styreleder.

Dette var ikke lagmannsretten enig i. For det første utgjorde saksøkers påståtte tap differansen mellom innskutt kapital, og dividendebetalingen i forbindelse med avviklingen av selskapet. Denne differansen utgjorde reduksjonen i selskapets formuesmasse som

⁸⁸ Ansvar ble lempet etter asl. § 17-2, jf. skl. § 5-2 for styremedlemmet. For styreleder forelå det allerede et bindende ”skadeoppgjør” etter asl. § 17-6. Saksøker ble derfor heller ikke her tilkjent erstatning.

⁸⁹ Se avsnitt 3.1, 3.3.1 og 4.2

⁹⁰ Sør-Trøndelag tingrett TSTRO-2008-66665

fremkom av likvidasjonsoppgjøret. Den direkte årsaken til aksjonærens tap var forringelsen av selskapsmassen, og tapet var derfor i sin helhet avledet av selskapets. At Køhler som investor tapte penger på sine investeringer, kunne ikke være tilstrekkelig til å anse hans krav som et direkte tap uavhengig av selskapets tap. For det annet relaterte de ansvarsbetingende handlinger seg til selskapets virksomhet og drift, og var derfor ikke rettet direkte mot aksjonær Køhler.

At tingretten og lagmannsretten har kommet til ulikt resultat beror på at de har knyttet tapet til to ulike ansvarsbetingende handlinger, henholdsvis daglig leders forsømmelse av sin stilling, og styrets manglende tilsyn og kontroll. Tapet var imidlertid tilknyttet forringelsen av selskapsformuen, uansett hvilket ansvarsgrunnlag som legges til grunn.

Dommene vedrørende Delta Management gir neppe et klart skille på hva som er direkte eller indirekte tap, men de bidrar i alle tilfeller til å trekke opp noen hovedlinjer.

For det første må handlingen vurderes konkret. Var denne rettet særskilt mot selskapet, kreditor eller aksjonær? Det er en presumsjon for at når selskapets og aksjonærs/kreditors tap springer ut av samme handling, vil dette være et indirekte tap for sistnevnte.

Som utgangspunkt vil handlinger eller unnlatelser som relaterer seg til driften av selskapet, ikke utgjøre et direkte tap for aksjonær eller kreditor. Man må derfor se på ansvarsgrunnlaget, herunder begrunnelsen for den konkrete plikten, og hvilke hensyn denne skal ivareta.

Enhver plikt hvis forsømmelse kan innebære en forringelse av selskapets formuesstilling, vil medføre et indirekte tap for aksjonær eller kreditor. Her vil forringelsen av selskapsmassen være årsaken til aksjonærs/kreditors tap, og må derfor anses for å være et indirekte tap, da dette i sin helhet er avledet av selskapets tap.

Tar aksjonærs eller kreditors tapsberegning utgangspunkt i selskapets formuesforringelse, har det formodningen mot seg at det dreier seg om et direkte tap. Kan det ikke konstateres noe tap på selskapets hånd, vil en konkret skadevoldende handling være et direkte tap for kreditor eller aksjonær, som kan gjøres gjeldende uavhengig av selskapet.

2.4.2.3 Direkte/indirekte tap som materielt eller prosessuelt spørsmål?

Spørsmålet i det følgende er om saksøkers påstand om direkte tap er et materielt spørsmål eller prosessuelt spørsmål. Er sistnevnte tilfellet, vil det ha betydning i relasjon til utforming av påstanden dersom krav skal gjøres gjeldende etter asl. § 17-6.

I en nyere kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg hadde kreditor gått til søksmål mot tidligere styremedlemmer i et selskap med krav om erstatning for tap for påstått forfordeling av kreditorer.⁹¹ Søksmålet ble avvist i både tingrett og lagmannsrett på grunn av manglende søksmålskompetanse, da saksøkers påstand ikke gjaldt en forholdsmessig andel av selskapets tap slik det følger av § 17-6.

Ankeutvalget var imidlertid ikke enig med de tidligere retter, og fant at den pretensjonen saksøker gjorde gjeldende, at det dreide seg om et særkrav, måtte realitetsbehandles. Og videre:

”Dersom retten kommer til at tapet må rubiseres som et selskapskrav, må retten, dersom den kommer til at det foreligger et erstatningsansvar for styremedlemmene, under erstatningsutmålingen ta standpunkt til omfanget av Storebrands erstatningskrav”.

Spørsmålet om kreditor har krav på å få dekket mer enn sin forholdsmessige andel av selskapets tap, fant ankeutvalget derfor hørte til sakens realitet, og viste i denne sammenheng til Rt. 1997 s. 143. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelse ble således opphevet.

⁹¹ HR-2010-32-U

Hvordan saken forløp for de tidligere retter er en illustrasjon på hva den uheldige begrepsbruken som gjelder for direkte og indirekte tap kan føre til. Både tingretten og lagmannsretten misforstår hva som ligger i *særkrav*, og bruker begrepet utelukkende i relasjon til direkte tap.⁹² Som jeg sa over vil *særkrav* brukes både om de direkte og indirekte tapene, poenget er at enkeltkreditor/aksjonær selv forfølger det.

Høyesteretts Ankeutvalg burde etter min mening vært klarere på begrunnelsen for hvorfor de tidligere retter tok feil. Ankeutvalget nøyer seg med å konstatere at Storebrands prinsipale anførsel er et særkrav. Dette er for så vidt også riktig, men at særkrav i denne sammenheng både betyr indirekte og direkte tap fremgår ikke entydig av uttalelsene. Ankeutvalget senere kommer med, jf. sitatet over. Når Storebrand pretenderte å ha et særkrav, må det være i betydningen direkte tap, og følgelig med påstand om å få hele sitt tap dekket. Om dette medfører riktighet, eller om tapet er indirekte og avledet av selskapets tap, og derfor bare berettiget til en forholdsmessig del av selskapstapet, tilhører sakens realitet.

Konklusjonen blir derfor at en påstand om direkte tap fra aksjonær/kreditor, er et materielt spørsmål som må prøves for retten.

2.4.3 Direkte og indirekte tap som følge av forsømt handle- og oppbudsplikt

2.4.3.1 Innledning

Hovedregelen for erstatningsansvaret følger som nevnt av den alminnelige erstatningsregelen i asl. § 17-1. Denne hjemler et erstatningsansvar for styremedlemmene overfor selskapet, aksjonærer og eventuelle tredjemenn, jf. ”andre”.

Den første problemstillingen blir derfor hvem av de mulige skadelidte i asl. § 17-1 som kan påberope asl. §§ 3-4 og 3-5, eller forsømt oppbudsplikt som grunnlag for sine krav. Svaret

⁹² TBERG-2007-171129 og LG-2009-89782

beror på hvilke interesser handle- og oppbudsplikten tar sikte på å verne, og dette må avgjøres ut fra en tolkning av bestemmelsene.⁹³

I tillegg til å se på de skadelidte interesser vil jeg også se på tapet disse påføres som følge av forsømt handle- eller oppbudsplikht. Det blir derfor også en problemstilling om styrets forsømmelse av handle- eller oppbudsplikht medfører et direkte, eller indirekte tap for de skadelidte. Og videre, forutsatt at det er et indirekte tap, hvilke vilkår må være oppfylt for at aksjonær/kreditor kan forfølge dette kravet?

2.4.3.2 Selskapet

Styrets ansvar overfor selskapet er et internt ansvar, ansvaret overfor aksjonærer og selskapets kreditorer kalles gjerne det eksterne ansvaret.⁹⁴

Det følger ikke direkte av ordlyden i asl. §§ 3-4 og 3-5 om selskapet nyter et erstatningsrettslig vern i denne sammenheng. Bestemmelsene er imidlertid hovedsakelig utformet ut fra hensynet til kapitalbeskyttelse, et hensyn som ivaretar selskapets interesse. Som jeg tidligere var inne på er asl. §§ 3-4 og 3-5 en presisering av det generelle forvaltningsansvaret i asl. § 6-12.⁹⁵ I Delta Management I uttalte retten at selskapet er skadelidt som følge av en forsømmelse av styrets generelle forvaltningsplikt.⁹⁶ Dette må derfor også være tilfellet ved forsømmelse av asl. §§ 3-4 og 3-5. Selskapet kan derfor reise krav om erstatning etter asl. §§ 3-4, 3-5, jf. § 17-1.

Styrets forsømmelse av asl. § 3-4 og 3-5 medfører en forringelse av selskapsformuen, som alltid er et direkte tap for selskapet. Går selskapet konkurs, vil dets konkursbo ta beslag i

⁹³ Hagstrøm (1983) s. 24

⁹⁴ Aarum (1999) s. 65

⁹⁵ Se avsnitt 3.1, 3.3.1 og 4.2

⁹⁶ LF-2006-118756

dette kravet med hjemmel i deknl. § 2-2, jf. § 2-1. Boet kan derfor gjøre selskapets tap gjeldende overfor styret.

Handleplikten vil oppstå når selskapet fortsatt er solvent, men hva blir situasjonen når selskapet er insolvent? Insolvens er grunnvilkåret for oppbudsplikten, når insolvens foreligger vil selskapet i praksis drive på kreditorenes regning. Løsningen skulle tilsynelatende derfor være at et insolvent selskap ikke kan være skadelidt.

Det er viktig å påpeke at det ved spørsmål om styrets erstatningsansvar overfor selskapets kreditorer, må skilles mellom enkeltkreditorer og kreditorfellesskapet. Enkeltkreditor kan lide et direkte tap som ikke vil få betydning for de øvrige kreditorene. Et eksempel er når styremedlemmer på vegne av selskapet misligholder sin opplysningsplikt ved avtaleinngåelsen, og dette medfører tap for denne konkrete kreditoren, se Kap. 7.

At insolvent selskap ikke kan lide noe tap ble lagt til grunn i Rt. 1993 s. 987 (Stiansen). Her mente flertallet at erstatningsansvar etter aksjelovens ansvarsregler ikke kan gjøres gjeldende av et insolvent selskap, eller av dets konkursbo, når erstatningen reelt vil komme kreditorene til gode. Det er da ikke lenger tale om selskapets tap. Denne oppfatningen ble avvist i Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes). Her uttalte Høyesterett at også kreditorenes interesse i selskapsformuen som dekningsobjekt er en selskapsinteresse. Og videre:

”Om de skadegjørende handlinger som begrunner ansvaret har rammet selskapet, kan det etter min mening ikke avskjære selskapet – eller dets rettsetterfølger konkursboet – fra å gjøre ansvar gjeldende etter aksjeloven kapittel 15, at selskapets eiere ikke er blitt påført ytterligere tap, fordi selskapet allerede var insolvent og aksjonærene er beskyttet av ansvarsbegrensningen. Det avgjørende for om erstatningskravet kan reises av konkursboet må, slik jeg ser det, være om ansvarsgrunnlaget er knyttet til selskapet, og om erstatningen skal gå inn i boet til fordeling blant kreditorene etter konkurs- og dekningslovens regler. Det er da fortsatt tale om selskapets tap, og om selskapets krav”.

Selv om oppbudsplikten primært retter seg mot kreditorene, vil derfor selskapet også være erstatningsrettslig vernet i dette henseendet. Kravet vil imidlertid forfølges av selskapets konkursbo, og utelukkende komme kreditorfellesskapet til gode.

2.4.3.3 Aksjonærene

Ut fra en tolkning av ordlyden i asl. §§ 3-4 og 3-5 er ikke aksjonærene erstatningsrettslig vernet i denne sammenhengen, da det ikke oppstilles noen plikter for styret overfor disse. Det kan vanskelig konstateres noe direkte tap som følge av styrets forsømte handleplikt overfor aksjonærene. Her utgjør aksjonærenes tap verdifallet på aksjene i selskapet som følge av forringelsen av selskapsformuen, dette er et indirekte tap.⁹⁷

Problemstillingen i det følgende blir derfor på hvilke vilkår aksjonærene kan gjøre sitt indirekte tap gjeldende overfor styret.

Som nevnt i avsnitt 2.4.2.1 forutsetter asl. § 17-6 at aksjeeieren kan gjøre gjeldende erstatningskrav for tap avledet av selskapets tap. Dette kravet er imidlertid subsidiært i forhold til selskapets. Etter asl. § 17-6 vil aksjonærene være bundet av ethvert ”skadeoppgjør” selskapet har inngått i saken. Spørsmålet i det følgende blir derfor hva som omfattes av ”skadeoppgjør” etter asl. § 17-6.

I teorien har et vanlig utgangspunkt vært at forlik med skadevolder, rettslig eller utenrettslig, vil omfattes av begrepet.⁹⁸ Frafall av et erstatningskrav eller unnlatelse av å gjøre dette gjeldende, uten noen form for motytelse, vil på den annen side neppe omfattes av ”skadeoppgjør”.⁹⁹ Dette vil for eksempel innebære at aksjonærer kan gjøre kravet gjeldende overfor styret dersom selskapets konkursbo ikke har midler til å forfølge det selv.

⁹⁷ Se avsnitt 2.4.2.2

⁹⁸ Sæbø (2002) s. 210

⁹⁹ Sæbø (2002) s. 211

Det må imidlertid avgrenses mot de frafall av erstatningskrav som må anses for illojale overfor selskapets aksjonærer eller kreditorer.¹⁰⁰

Dette er likevel bare utgangspunkter, og konkrete omstendigheter i den enkelte sak kan gjøre vurderingen av om det foreligger ”skadeoppgjør” problematisk.

Se for eksempel Delta Management II der styreleder ble fri for ansvar som følge av at avviklingsstyret på vegne av selskapet, før aksjonærens søksmål, hadde inngått forlik med ham.¹⁰¹

Hva angikk et styremedlems ansvar i samme sak, hadde selskapet under avvikling frafalt kravet mot ham som konsekvens av en tidligere rettssak reist av samme aksjonær. I denne saken hadde et annet medlem av styret vært saksøkt, men ble frifunnet. Spørsmålet for retten var om et slikt frafall av krav var omfattet av ”skadeoppgjør” etter asl. § 17-6.

Lagmannsretten viste til Sæbø, Rune *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold* Festskrift til Nils Nygaard 2002 s. 199 flg:

”Derimot vil frafall av erstatningskrav eller unnlatelse av å gjøre erstatningskrav gjeldende uten noen form for motytelse, normalt ikke være å anse som ‘skadeoppgjør’ som etter asl. § 17-6 stenger for særkrav”.

Lagmannsretten kom til at det ikke forelå et slikt ”skadeoppgjør” som asl. § 17-6 gir anvisning på. Aksjonæren kunne derfor gjøre sitt erstatningskrav gjeldende.¹⁰²

Det er vanskelig å trekke noe generelt ut av dommen som kan belyse problemstillingen ytterligere. Retten begynner med å konstatere at frafallet av søksmålet ikke innebar noen motytelse fra det saksøkte styremedlemmets side, og at slik motytelse antas å være en forutsetning for at det foreligger et ”skadeoppgjør”, jf. sitatet over.

¹⁰⁰ Sæbø (2002) s. 211

¹⁰¹ LF-2009-47256

¹⁰² Ansaret ble imidlertid lempet i sin helhet etter asl. § 17-2, jf. skl. § 5-2.

Videre kom retten til at avviklingen måtte anses som et samlet oppgjør, og en fordeling av selskapsformuen som endelig avsluttet alle krav avledet av selskapets virksomhet. I tillegg til at en forfølgning av selskapets krav kan virke som en tilfeldig fordel for kreditorer eller aksjonærer, fant retten at dette talte for at det forelå et ”skadeoppgjør”.

Hva lagmannsretten konkret legger vekt på som avgjørende for å komme til motsatt resultat, følger ikke klart av dommen, og retten var ”under atskillig tvil”. Det kan imidlertid fremstå som om resultatet i vesentlig grad må tilskrives konkrete og spesielle forhold ved saken.

Konklusjonen blir derfor at ”skadeoppgjør” etter asl. § 17-6 ikke kan fastsettes generelt, men må vurderes med de utgangspunkter som følger av juridisk teori sammenholdt med det konkrete saksforholdet.

I avsnitt 2.4.3.2 kom jeg til at selskapet også er erstatningsrettslig vernet etter insolvensen. Således skulle også aksjonærene være det, da disse er en del av selskapsinteressen. Slik er det imidlertid ikke. Etter insolvensen vil selskapsinteressen primært bestå av kreditorinteressen, herunder kreditorenes ønske om få full dekning for sine krav. Aksjonærenes selskapsinteresse består derfor bare frem til insolvens, hvor verdien på selskapsandelen vil være tapt. Da oppbudsplikten ikke inntreffer før selskapet er insolvent, vil aksjonærene ikke kunne reise krav om erstatning for tap som følge av forsømmelse av denne.

2.4.3.4 Selskapets kreditorer

Det følger ikke direkte av ordlyden i asl. §§ 3-4 og 3-5 om disse pålegger noen plikter for styret overfor selskapets kreditorer. Når formålet bak bestemmelsene er kapitalbeskyttelse, har dette klart en side mot kreditorvernet, og skulle derfor tilsi at kreditorene er erstatningsrettslig vernet i denne sammenheng. Ut fra innholdet i handleplikten er det imidlertid klart at denne først og fremst pålegger en plikt overfor selskapet, og at kreditorene derfor ikke er erstatningsrettslig vernet etter bestemmelsen.

Styrets forsømmelse av handleplikten vil forringe selskapets formuesstilling, herunder selskapets evne til å dekke sine forpliktelser. Når handleplikten inntreffer, vil selskapet allerede være i en alvorlig økonomisk stilling, og denne må det legges til grunn vil forverres dersom styret ikke foretar seg noe. Forringelsen av selskapets formuesstilling er først og fremst selskapets tap, men medfører også et indirekte tap for kreditorene ved at deres dekningsmuligheter minskes.¹⁰³

Svaret på problemstillingen om hvilke vilkår som må være oppfylt for at enkeltkreditorene skal kunne gjøre gjeldende sitt indirekte tap, er tilsvarende som for aksjonærene. Asl. § 17-6 gjelder også for enkeltkreditors tap avledet av selskapets, og jeg viser derfor til drøftelsen over.

Enkeltkreditor er imidlertid også gitt en viss adgang til å på egen hånd forfølge krav på boets vegne dersom skiftesamlingen har besluttet å ikke gjøre gjeldende en rett som tilkommer boet, jf. kkl. § 118 annet ledd. Vilåårene er at kreditoren har stemt imot et slikt vedtak¹⁰⁴, at han kan stille sikkerhet for forfølgningen av kravet, og at det ikke er inngått forlik mellom boet og motparten. Kkl. § 118 gjelder som nevnt enkeltkreditors adgang til å forfølge krav på *boets* vegne. Får han medhold, vil alle kreditorene nyte godt av det. Medhold i sak reist etter asl. § 17-6 vil på sin side kun gi en fordel til den kreditoren som forfølger kravet. Begge bestemmelsene viser imidlertid til kreditors indirekte tap, noe direkte tap vil enkeltkreditor aldri forfølge etter noen av reglene.

En vurdering av kreditorfellesskapets erstatningsrettslige vern vil forutsette at selskapet har gått konkurs, og at dets konkursbo ivaretar kreditorenes felles interesser. I og med at aksjeeierne kun hefter inntil sitt innskudd, får styreansvar i en konkurs betydning da kreditorene ikke vil få full dekning for sine krav ved insolvens.

¹⁰³ Se avsnitt 2.4.2.2

¹⁰⁴ En behandling av dette vilkåret følger av Aarum (1994) s. 275-276

Kreditorfellesskapets erstatningskrav som følge av styrets forsømte handleplikt kan ses på fra to innfallsvinkler. For det første som et indirekte tap avledet av selskapets, som konkursboet forfølger på kreditorfellesskapets vegne. For det annet som kreditorfellesskapets direkte tap som følge av skade på kreditorenes selskapsinteresse.

Etter min mening må sistnevnte være riktig. Støtte for dette følger av Høyesteretts uttalelser i Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes), se avsnitt 2.4.3.2. Høyesterett kom til at det avgjørende for om erstatningskravet kan gjøres gjeldende av konkursboet er om ansvarsgrunnlaget er knyttet til selskapet, og om erstatningen skal gå inn i boet til fordeling blant kreditorene. Videre uttalte førstvoterende: ”Det er da fortsatt tale om selskapets tap, og om selskapets krav”.

Jeg har imidlertid vanskelig for å se at dette skulle ha noen avgjørende betydning i praksis. Tapet vil være det samme, da det i begge tilfeller vil måtte beregnes ut fra hvilket tap selskapet har lidt. Videre vil det aldri aktualiseres utenom konkurstilfellene, og om konkursboet forfølger det som et indirekte kreditortap eller et direkte selskapstap vil være uten betydning, det vil uansett komme kreditorfellesskapet til gode.

Klassifiseringen av tapet vil derfor utelukkende ha betydning for aksjonær/enkeltkreditors adgang til å forfølge tap avledet av selskapets tap etter asl. § 17-6.

Konkursboet, og dermed også kreditorfellesskapet, vil imidlertid være bundet av et eventuelt generalforsamlingsvedtak om å ikke forfølge erstatningskravet, jf. asl. § 17-3. Forutsetningen er imidlertid at vedtaket fattes før konkursen. Etter konkursåpning vil konkurslovens regler (kk1.) gjelde, og etter kkl. § 100 vil selskapets organer da miste retten til å råde over selskapets eiendeler. Videre hører det under bostyret, eventuelt skifteforsamlingen å gjøre gjeldende selskapets erstatningskrav, jf. kkl. § 118.

Hva gjelder styrets forsømmelse av å begjære oppbud medfører dette et direkte tap for kreditorfellesskapet som en del av kreditorenes selskapsinteresse, jf. avsnitt 2.4.3.2 og

Ytternes-dommen. Selskapets konkursbo vil gjøre kravet gjeldende på vegne av kreditorfellesskapet. Enkeltkreditor kan reise krav om en forholdsmessig andel av kreditorenes tap etter asl. § 17-6 eller kkl. § 118. Uaktsom unnlatelse av å begjære oppbud retter seg ikke mot noen spesiell kreditor, og vil derfor bare ramme indirekte.¹⁰⁵

2.5 Vilkår for erstatning: årsakssammenheng

2.5.1 Innledning

Det siste grunnvilkåret for erstatning er vilkåret om årsakssammenheng. I aksjeloven § 17-1 følger dette av at styremedlemmer kan holdes ansvarlige for skade som de i nevnte egenskap har ”voldt” forsettlig eller uaktsomt.

Som det følger av formuleringen i avsnitt 2.3.1, utformes vilkåret som et krav om adekvat årsakssammenheng. Det må være tilstrekkelig påregnelighet mellom den skade som oppstod og handlingen/unnlatelsen. Årsakssammenhengen må være kvalifisert, det vil si at det må være en viss nærhet mellom handling og skadefølge.¹⁰⁶

Som tidligere nevnt, vil kravet til årsakssammenheng kunne tilpasses skylden styremedlemmene har utvist. Har styremedlemmene handlet grovt uaktsomt vil det lempes på kravet til adekvans, og tap som står i fjernere sammenheng med handlingen eller unnlatelsen kan da likevel være erstatningsmessig.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Aarum (1994) s. 555

¹⁰⁶ Lødrup (1999) s. 293-294

¹⁰⁷ Lødrup (1999) s. 124

2.5.2 Betingelseslæren

Etter den såkalte betingelseslæren er en handling eller unnlatelse årsak til skaden dersom handlingen er en nødvendig betingelse for at skade skal inntreffe. Denne danner utgangspunktet for årsaksvurderingen i norsk erstatningsrett.¹⁰⁸

I den mest kjente dommen på området, ”P-pilledom II”, ble årsakskravet formulert som følger:

”Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte”.¹⁰⁹

En begrensning ligger imidlertid i at årsaken må være tilstrekkelig som årsak. I samme dom presiserer førstvoterende at ved drøftelsen om p-pillebruken var en nødvendig betingelse eller årsak til skaden, ”legger jeg samtidig i uttrykket ‘nødvendig’ at den har vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den”.¹¹⁰

I forbindelse med styreansvaret er det gjerne de ansvarsbetingende unnlatelser som er vanskelige, i motsetning til ansvarsbetingende beslutninger, og tap som følge av disse. En sak hvor et styremedlem ble frifunnet fordi resultatet uansett ville blitt det samme, er Rt. 1979 s. 46. Her fant Høyesterett at styremedlemmets passivitet neppe ville avverget selskapets tap selv om han hadde funnet grunn til å gripe inn.

Videre vil alternative handlinger, og hypotetiske årsaksanalyser om disse også ville medført tap, gjøre kravet til årsakssammenheng utfordrende i forbindelse med handleplikten.¹¹¹

¹⁰⁸ Lødrup (1999) s. 296

¹⁰⁹ Rt. 1992 s. 64 (s. 69)

¹¹⁰ Rt. 1992 s. 64 (s. 70)

¹¹¹ Se avsnitt 2.3.4.3.2

Det er imidlertid ikke enighet i juridisk teori om at betingelseslæren nødvendigvis gir det beste utgangspunktet for årsaksproblematikken. Nygaard hevder for eksempel at realiseringslæren er mer dekkende. Denne går kort fortalt ut på at den påståtte årsaken alene, eller sammen med andre, må ha evne til å føre til slik skade og at denne årsaksevnen må ha realisert seg i skaden.¹¹²

Noen inngående drøftelse av de ulike årsakslærer er det ikke rom for her. Jeg nøyer meg derfor med å vise til det som i alminnelighet antas å være utgangspunktet, betingelseslæren.

2.5.3 Bevisbyrden

Det er som hovedregel skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng.¹¹³

Som nevnt i avsnitt 2.3.4.3.2 vil særlig handleplikten reise kompliserte årsaksspørsmål. Det kan være svært vanskelig for skadelidte å bevise hypotetiske hendelsesforløp, og det kan derfor spørres om bevisbyrden bør snus i asl. §§ 3-4 og 3-5 tilfellene.¹¹⁴

Alternative hendelsesforløp vil være aktuelt i forbindelse med handleplikten der styremedlemmet hevder at tapet likevel ville oppstått dersom andre tiltak hadde blitt iverksatt. Problemstillingen er ikke relevant for oppbudsplikten.¹¹⁵

¹¹² Nygaard (2007) s. 324

¹¹³ Nygaard (2007) s. 341, Lødrup (1999) s. 317

¹¹⁴ Danske ASL. § 69a, som i vesentlig grad tilsvarende asl. § 3-5, ble foreslått som en ansvarsregel med omvendt bevisbyrde. Ansvar forutsatte at styret ikke ”godtgør, at de hverken innså eller burde indse, at halvdelen af aktiekapitalen var tapt”. Forslaget ble ikke videreført da en omvendt bevisbyrde ikke ble funnet hensiktsmessig, og ville gjøre ansvaret byrdefullt. Tidligere ASL § 69a tilsvarende dagens selskapslov § 118, som viderefører den gamle regel. Se Gomard (2006) s. 483 med henvisninger, Samuelsson (2009) s. 129 og Andersen (2008) s. 468.

I Sverige har de imidlertid en ansvarsregel med omvendt bevisbyrde, jf. ABL Kap 25 § 18, se også Dotevall (2008) s. 258-260.

I rettspraksis har retten snudd bevisbyrden i situasjoner hvor den som er påstått erstatningsansvarlig hevder at skade likevel ville inntrådt dersom den erstatningsbetingende handling tenkes bort. Høyesterett har lagt til grunn at bevisbyrden for alternative og hypotetiske hendelsesforløp skal hvile på den som ansvar gjøres gjeldende mot.¹¹⁶ I Rt. 1993 s. 20 (Sjøldal) hadde enkeltkreditor reist krav om erstatning overfor styreformannen i aksjeselskap. Saksøker hevdet at hans uforsvarlige disposisjoner hadde medført at selskapet var ute av stand til å dekke sine forpliktelser, og således påført ham tap. Saksøkte anførte at det uansett ikke ville blitt full dekning for kreditorene. Høyesterett uttalte at dette måtte det være opp til saksøkte å bevise, noe retten fant at han ikke hadde gjort

Begrunnelsen for snu bevisbyrden i slike tilfeller må være at det her er den påståtte skadevolder som anfører at tap likevel ville inntrådt, og at det derfor er rimelig at han selv må bevise dette, ikke skadelidte.

Ut fra lovgivers ønske om en skjerping av ansvaret, taler dette for at bevisbyrden bør snus der handleplikten reiser spørsmål om tap ville vært unngått ved alternative/hypotetiske handlingsforløp.

Det følger av juridisk teori at omvendt bevisbyrde også kan være et alternativ i tilfeller hvor skadevolder har opptrådt sterkt klanderverdig.¹¹⁷ Et spørsmål blir derfor om det også for handle- og oppbudsplikten bør gjelde et krav om grov skyld for omvendt bevisbyrde.

Når bevisbyrden snus i slike situasjoner må begrunnelsen være at det ved de grovere uaktsomme handlinger er en presumsjon for skyld, og at det bør påhvile skadevolder å bevise det motsatte. Det er etter min mening større grunn til å snu bevisbyrden her, enn når det er snakk om hypotetiske årsaksanalyser tilknyttet alternative handlinger.

¹¹⁵ Se avsnitt 2.3.4.3.2

¹¹⁶ Eksempelvis Rt. 1984 s. 466, Rt. 1996 s. 1718, Rt. 1997 s. 883, Rt. 1998 s. 186, Rt. 1999 s. 1473 og Rt. 2000 s. 1614 (mindretallet)

¹¹⁷ Lødrup (1999) s. 328

Dersom styremedlemmet har opptrådt sterkt klanderverdig ved sin forsømmelse av handle- eller oppbudsplikten kan bevisbyrden derfor snus. En forutsetning for ansvar må imidlertid være at de spørsmål som skal avgjøres på grunnlag av omvendt bevisbyrde, står i nær og saklig sammenheng med de klanderverdige forhold.¹¹⁸ I så fall bør styremedlemmene bli holdt ansvarlige dersom de mislykkes i å bevise at deres handlinger/unnlaterse ikke medførte tap.¹¹⁹

Konklusjonen blir derfor at bevisbyrden kan snus der hvor styremedlemmet påstår at tapet likevel ville inntrådt, og at bevisbyrden i alle tilfeller kan snus der styremedlemmet har handlet grovt uaktsomt.

2.5.4 Årsakssammenheng må drøftes særskilt for hvert styremedlem

Når styret treffer beslutninger som et organ og dette medfører tap, er det hvert enkelt styremedlem som holdes ansvarlig. Styret kan ikke holdes ansvarlig som sådan, følgelig må kravet til årsakssammenheng vurderes individuelt for hvert styremedlem.

Dersom styrets ansvarsbetingende handling kan ledes tilbake til en enkeltbeslutning, skulle et styremedlem således kunne fritas for ansvar dersom han ikke deltok i møtet hvor beslutningen ble fattet.¹²⁰ På den annen side har styremedlemmene plikt til å delta på styremøtene, og det synes derfor urimelig dersom passivitet i denne sammenheng skulle medføre ansvarsfrihet.

Som styremedlem har man plikt til å føre tilsyn over forretningene. Vervet innebærer også en plikt til å aktivt gå imot de beslutninger styremedlemmet finner uaktsomme, eller som kan medføre skade. Dotevall hevder dette må gjelde uansett om styremedlemmet ikke kan være tilstede på styremøtet hvor den aktuelle beslutningen tas. Det er derfor ingenting i

¹¹⁸ Skoghøy (2001) s. 678

¹¹⁹ Aarum (1994) s. 247

¹²⁰ Aarum (1994) s. 235

veien for at ansvar kan ilegges for styremedlem som ikke var tilstede på møtet hvor det ble fattet en beslutning han ikke visste om, forutsatt at han må anses for å ha forsømt sin plikt til å holde seg underrettet om selskapets forretninger.¹²¹

Årsaksspørsmålet er følgelig mye enklere når hele styret har utvist passivitet fremfor bare det enkelte styremedlem. Har hele styret vært uaktsomt passive, kan ikke et styremedlem gå fri ved å påstå at hans passivitet var mindre vesentlig enn de andres.¹²²

Dersom et styremedlem er uenig i beslutningen, plikter han å stemme i mot. Har han stemt imot vedtaket, vil ikke kravet til årsakssammenheng være oppfylt, og han kan ikke ilegges ansvar for flertallets beslutning.¹²³ Asl. § 6-29 annet ledd, om protokollføring av stemmene dersom det ikke er enstemmighet, vil derfor være et bevismoment.

Situasjonen er noe annerledes dersom beslutningen går ut på å fortsette driften i et selskap som er insolvent. Da er det i teori og praksis antatt at styremedlemmet, for å gå fri for ansvar, må fratre sin stilling. Her kan det konstateres årsakssammenheng mellom fortsettelsen av vervet og tapet, og det er følgelig ikke tilstrekkelig å bare stemme i mot forslaget.¹²⁴ Se for eksempel LF-2006-118765 (Delta Management I) der det saksøkte styremedlem hadde trukket seg fra vervet på grunn av den mangelfulle driften av virksomheten. Dette ble også et vesentlig element i rettens begrunnelse for frifinnelse.

2.5.5 Årsakssammenheng og ansvar overfor tredjemann

Styremedlem kan pådra seg ansvar overfor tredjemann ved å utvise culpa in contrahendo på selskapets vegne. Ansvar kan for eksempel ilegges dersom styremedlemmet har gitt

¹²¹ Dotevall (2008) s. 79-80

¹²² Aarum (1994) s. 236

¹²³ Andenæs (2006) s. 657, Aarum (1994) s. 238

¹²⁴ Aarum (1994) s. 239 og RG-2007 s. 1625

uriktige, eller manglende opplysninger som har vesentlig betydning for kontrakten.¹²⁵

Forutsetningen er at medkontrahenten ikke ville inngått kontrakten dersom han hadde blitt forelagt de riktige opplysninger, og dette vil det være opp til ham å bevise.¹²⁶

3 Styrets generelle forvaltningsplikt

3.1 Innledning

Styrets generelle forvaltningsplikt er vidtgående, handle- og oppbudsplikten er bare én side av denne. Hovedregelen om forvaltningsansvaret følger av asl. § 6-12. For denne fremstillingen vil de tre første leddene i bestemmelsen være av betydning:

” (1) Forvaltningen av selskapet hører under styret. Styret skal sørge for forsvarlig organisering av virksomheten.

(2) Styret skal i nødvendig utstrekning fastsette planer og budsjetter for selskapets virksomhet. Styret kan også fastsette retningslinjer for virksomheten.

(3) Styret skal holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling og plikter å påse at dets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er gjenstand for betryggende kontroll”.

Dersom styret utfører disse oppgavene, vil det sjelden bli aktuelt med et styreansvar for verken forsømt handle- eller oppbudsplikt. Har styret unnlatt å handle etter asl. § 3-5, vil det som regel komme av at en eller flere plikter i asl. § 6-12 ikke er oppfylt. Den generelle forvaltningsplikten vil derfor behandles kort.

¹²⁵ Se Kap. 7

¹²⁶ Aarum (1994) s. 241, eksempelvis Rt. 1998 s. 276 og LE-2009-97686

3.2 Nærmere om forvaltningsplikten

3.2.1 Innledning

”Forvaltning” er et vidt begrep, og det må legges til grunn at dette omfatter selve forretningsdriften, men også enhver annen aktivitet i selskapet.¹²⁷ En avgrensning følger av positive bestemmelser om de virksomhetsområder som er tillagt andre organer, herunder generalforsamlingen, eventuelt bedriftsforsamlingen eller daglig leder dersom selskapet har det.¹²⁸

Bak stiftelsen av de fleste aksjeselskaper ligger en forutsetning om at driften skal medføre økonomisk gevinst for de som investerer i virksomheten, jf. asl. § 2-2, annet ledd og § 5-20, første ledd nr. 5. Forvaltningsplikten omfatter derfor et ansvar for å opprettholde selskapets midler, og å legge forholdene så godt som mulig til rette for at aksjonærene skal få avkastning på sin investering.¹²⁹ Asl. §§ 3-4 og 3-5 er viktige i dette henseendet.

Den generelle forvaltningsplikten følger av asl. § 6-12 første ledd. Styret skal sørge for en ”forsvarlig organisering av virksomheten”, jf. annet punktum. Etter forarbeidene innebærer ”forsvarlig organisering” blant annet å ha det overordnede ansvaret for at selskapet organiseres på en formålstjenelig måte, at det har tilstrekkelig og kvalifisert personale, klare ansvarslinjer med videre.¹³⁰

Forvaltningen ”hører under” styret, og innebærer en rett for styret til å forvalte selskapet på egenhånd innenfor de rammer som følger av loven, vedtektene og generalforsamlingens vedtak. Styret har således hovedkompetansen for utøvelse av all virksomhet i selskapet. Selv om saken er av stor viktighet, medfører ikke det nødvendigvis en plikt til å legge den

¹²⁷ Andenæs (2006) s. 378, *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* (2004) s. 489

¹²⁸ Andenæs (2006) s. 378

¹²⁹ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 489

¹³⁰ NOU 1996:3 s. 136

frem for avgjørelse i generalforsamlingen, så lenge den faller innenfor forvaltningskompetansen.¹³¹

3.2.2 Delegasjon av forvaltningsansvaret

Etter ordlyden påhviler forvaltningsansvaret styret som sådan, men styret kan likevel delegere oppgaver som omfattes av forvaltningsplikten. Et spørsmål blir derfor i hvor stor grad styret kan delegere forvaltningsoppgaver, og hvilken betydning dette i så fall får for erstatningsansvaret.

Delegasjon kan være en forutsetning for en ”forsvarlig organisering av virksomheten”.¹³² Dersom styret selv skulle treffe alle beslutninger vedrørende driften, ville ledelsen blitt lite effektiv. Delegering innebærer imidlertid ikke at styret dermed er fritatt fra sitt ansvar. Se for eksempel LE-1998-556, hvor styreleder hadde gitt det som måtte anses for en generalfullmakt til å opptre på vegne av ham til et av styremedlemmene. Lagmannsretten uttalte at dette ikke innebar at styreleder samtidig hadde fraskrevet seg sitt ansvar, plikten til å overvåke selskapet påhvilde ham likevel i kraft av sitt verv som styreleder.

Det er en forutsetning at delegeringen er forsvarlig aktsom både i forhold til hvem det delegeres til, og hva oppgaven går ut på. Det må også føres tilsyn med hvordan denne gjennomføres. En forsvarlig delegering kan forutsette at styret samtidig gir instruks om hvordan oppgaven skal utføres, jf. asl. § 6-12 annet ledd, annet punktum. Dersom styret ikke oppfyller forsvarlighetskravet, kan det holdes erstatningsansvarlig for eventuelle tap som måtte oppstå som følge av delegeringen.

¹³¹ Aksjelovgruppen foreslo en regel om at saker av særlig viktighet skulle forelegges for generalforsamlingen, men dette ble ikke videreført, Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 126-127

¹³² Andenæs (2006) s. 656

Da den lovfestede handleplikten retter seg mot styret, bør dette tolkes slik at denne ikke kan delegeres videre.¹³³ I motsetning til det generelle ansvaret for forvaltningen, er det her snakk om konkrete plikter på nærmere angitte vilkår. Lovens presisering av at handleplikten er pålagt styret bør derfor tolkes bokstavelig, og utelukke en delegasjonsadgang. Tilsvarende må gjelde også for oppbudsplikten, da myndigheten til å begjære oppbud er tillagt styret ved lov, jf. asl. § 6-18.¹³⁴ Det dreier seg i begge tilfeller om alvorlige beslutninger som styret er best egnet til å fatte, og som kan begrunne lovens ordning på dette punktet.

3.2.3 Planer, budsjetter og retningslinjer

Det følger av asl. § 6-12 annet ledd, første punktum, at planlegging og budsjettering i virksomheten er styrets oppgave.

At dette skal gjøres ”i nødvendig utstrekning” medfører at det ikke er noen absolutt plikt i alle selskaper. Asal. § 6-12 annet ledd, første punktum, har ingen tilsvarende begrensning, og det gjelder derfor absolutt i alle allmennaksjeselskaper.¹³⁵

Hva som er ”nødvendig” må vurderes ut fra virksomhetens art og omfang, og ved virksomheter av noe størrelse kan det neppe være forsvarlig å ikke utarbeide virksomhetsplan med tilhørende budsjett.¹³⁶

For å i det hele tatt kunne fastsette planer og budsjetter, er det en nødvendighet for styret å ha tilstrekkelig oversikt over selskapets økonomi, særlig selskapets egenkapital etter asl. § 3-4. Har styret lagt en god plan og et budsjett som gjenspeiler selskapets reelle økonomi, skal det normalt en del til for at selskapet plutselig befinner seg i en situasjon med akutt

¹³³ Andenæs (1998) s. 291

¹³⁴ Se avsnitt 6.2

¹³⁵ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 70

¹³⁶ NOU 1996:3 s. 136

kapitalbehov, alternativt at styret ikke innser at selskapet har et slikt behov overhodet. Dette tilsier derfor at styret, også i mindre selskaper, bør søke å etterleve de kravene som følger av asl. § 6-12 annet ledd, første punktum.

Styret ”kan” fastsette retningslinjer for virksomheten, jfr. asl. § 6-12 annet ledd, annet punktum. Det er derfor opp til styret om slike skal gis, og eventuelt hva de skal regulere.¹³⁷ Etter forarbeidene kan retningslinjer for eksempel fastsette nærmere saksbehandlingsregler, organisering av virksomheten, gi uttrykk for hvilke virksomhetsområder som skal prioriteres, fastsette strategi med videre.¹³⁸

Retningslinjer kan være nødvendige ut fra kravet om ”forsvarlig organisering”. De vil få betydning for styret selv, i tillegg til å være bindende for daglig leder, jf. § 6-13 annet ledd og § 6-14 første ledd.¹³⁹ Retningslinjer for daglig leder vil for eksempel være et nyttig redskap for styret til å sikre seg relevant informasjon om selskapets drift, der hvor det er behov for å regulere dette i større grad enn det som allerede følger av asl. § 6-15 første ledd.

3.2.4 Løpende orientering om selskapets økonomi

Etter asl. § 6-12 tredje ledd, første periode, skal styret holde seg løpende orientert om selskapets økonomi. Regelen innebærer for eksempel at styret må være oppdatert på de til enhver tid gjeldende markedsforhold, eller konkurranseforhold innenfor selskapets virksomhetsområde.¹⁴⁰ Bestemmelsen vil ha særlig tilknytning til egenkapitalkravet i asl. § 3-4, og handleplikten som utløses når denne ikke er forsvarlig etter asl. § 3-5.

¹³⁷ NOU 1996:3 s. 137

¹³⁸ NOU 1996:3 s. 137

¹³⁹ NOU 1996:3 s. 137

¹⁴⁰ *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) s. 498 og LB-2008-120826

Etter forarbeidene medfører kravet en aktivitetsplikt for å skaffe seg informasjon. Det er derfor ikke gitt at styret har handlet forsvarlig dersom det utelukkende har mottatt informasjon fra administrasjonen.¹⁴¹ Styrets selvstendige ansvar for å holde seg informert er blant annet omhandlet i LB-2008-120826.¹⁴²

Omfanget av plikten vil blant annet bero på selskapets størrelse og forholdene for øvrig.¹⁴³ Det må legges til grunn at denne er mer omfattende i vanskelige tider der økonomien er anstrengt. I en økonomisk vanskelig situasjon kan det derfor bli stilt helt andre krav til styret enn i en mer normal situasjon, ikke minst av hensyn til kreditorene.¹⁴⁴ Dette kommer av at en vanskelig økonomi er egnet til å aktualisere en skjerpet vurdering av culpanormen, insolvens- og omstøtelsesspørsmål, oppbudsplikten og straffansvar. Ved konjunkturfall bør utsatte virksomheter derfor holde hyppigere møter mellom styret og administrasjonen, og her vil daglig leders rapporter spille en stor rolle.¹⁴⁵

Det er viktig at styret holder et løpende og kritisk syn på de reelle verdiene i selskapets balanseposter. Mange selskaper er for positive i vurderingene av eiendelene, og tildekker selskapets problemer. Disse viser seg ikke før det foretas en kritisk gjennomgang av balansen, og da kan det ofte være for sent. Ved at styret holder et kritisk øye på selskapets verdier, vil de oppfatte signaler om negativ utvikling raskere, og kunne foreta de nødvendige grep for å bedre situasjonen.¹⁴⁶

3.2.5 Betyggende kontroll av virksomheten, regnskap og formuesforvaltning

I forlengelse av forrige avsnitt vil styret ha en plikt til å sørge for at selskapets virksomhet, regnskap og formuesforvaltning er undergitt betryggende kontroll, jf. asl. § 6-12 tredje

¹⁴¹ NOU 1996:3 s. 137, se avsnitt 2.3.6 og 3.3.3

¹⁴² Dommen er behandlet i avsnitt 3.3.2 og 3.3.3

¹⁴³ *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) s. 498

¹⁴⁴ NOU 1996:3 s. 137

¹⁴⁵ Om daglig leders rapporteringsplikt, se avsnitt 3.3.3

¹⁴⁶ Hillestad (2009)

ledd. Bestemmelsen pålegger styret det overordnede ansvaret for at det er tilfredsstillende interne kontrollrutiner i selskapet. Dette innebærer å sørge for regler og retningslinjer for kapitalforvaltningen, og at disse faktisk etterleves. Den direkte oppfølgingen må riktignok kunne overføres til daglig leder, jf. § 6-14 fjerde ledd.

Med selskapets internkontroll menes kontroll som utøves av egne ansatte. Kontrollen som utføres av ekstern revisor reguleres i asl. Kap. 7, regnskapsloven (rskl.) og revisorloven (revl.).¹⁴⁷ I forbindelse med revisjonen av selskapets årsregnskap skal revisor, etter revl. § 5-1 annet ledd, se til at formuesforvaltningen i selskapet er ordnet på betryggende måte. Bestemmelsen pålegger revisor et kontrollansvar, men fratar ikke styret og daglig leder primæransvaret for internkontrollen.¹⁴⁸

3.2.6 Oppsummering

Den foregående fremstilling illustrerer asl. § 6-12 som paraplybestemmelsen hva angår styrets plikter. Både § 6-13 om tilsynsplikten, og asl. §§ 3-4 og 3-5 vil måtte vurderes ut fra det generelle forvaltningsansvaret. "Forvaltning" er et vidt begrep, og gjenspeiler således det brede spektret av oppgaver styret skal ivareta.

Forvaltningsansvaret overlater det til styret å stake ut kursen for selskapet. Dette kan for eksempel bety at styret må utforme retningslinjer for resten av virksomheten som fastsetter hvordan denne skal drives. I store virksomheter kan dette være nødvendig ut fra kravet om "forsvarlig organisering". En side av "forsvarlig organisering" er også å sørge for betryggende kontroll av selskapets anliggender, både internt og eksternt.

¹⁴⁷ *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* (2004) s. 498

¹⁴⁸ *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* (2004) s. 498

Se i denne sammenheng Rt. 2003 s. 696 (Ivaran), som gjaldt erstatningskrav fra selskap mot selskapets valgte revisor for ikke å ha hindret, eller redusert tap som følge av administrerende direktørs valutahandel. Dommen er imidlertid mest interessant for revisors profesjonsansvar, og vil derfor ikke bli inngående drøftet her.

Styrets plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomi har kanskje sterkest tilknytning til asl. §§ 3-4 og 3-5. At styret utfører denne tilfredsstillende vil være en forutsetning for kunne gjøre de vurderinger asl. §§ 3-4 og 3-5 legger føring på.

3.3 Tilsynsplikten

3.3.1 Innledning

Tilsynsplikten følger av asl. § 6-13, og er en konkretisering av forvaltningsplikten i asl. § 6-12. Grensen mellom de to er ikke klar, men helt generelt kan det kanskje argumenteres for at forvaltningsplikten innebærer å ha en rolle i selskapets kontinuerlige drift, mens tilsynspliktens funksjon primært er kontroll. Plikten kommer først og fremst til uttrykk i § 6-13, men også i asl. § 6-12 tredje ledd.

Asl. § 6-13 får betydning for styrets handleplikt da en overholdelse av tilsynsplikten vil være sentralt for at styret skal kunne vurdere egenkapitalen etter asl. § 3-4, og eventuelt sette i verk tiltak etter asl. § 3-5. I det følgende vil det derfor redegjøres kort for innholdet av tilsynsplikten.

3.3.2 Nærmere om tilsynsplikten

Tilsynsplikten vil i noen grad avhenge av virksomhetens art og omfang. At virksomhetens omfang virker skjerpene følger blant annet av LB-2008-120826. Saken gjaldt erstatningskrav etter asl. § 17-1 fra konkursboet til en forsikringsagenturvirksomhet, mot tidligere styreleder for manglende kontroll og tilsyn med selskapets disposisjoner.

Lagmannsretten uttalte at den betydelige økningen i forsikringsvolumet i selskapet, til hele 22 milliarder, hadde gitt et særlig grunnlag for å legge opp til faste rutiner med rapportering fra daglig leder til styreleder.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Dommen er nærmere behandlet i avsnitt 3.3.3 nedenfor

Tilsyn med daglig leder vil være viktig i alle virksomheter. Det er styrets oppgave å påse at daglig leder har de nødvendige kvalifikasjoner for stillingen, i tillegg skal styret følge fortløpende med på den daglige ledelsen.

3.3.3 Forholdet til daglig leders rapporteringsplikt

Daglig leders rapporteringsplikt følger av § 6-15 første ledd. Han skal, minst hver fjerde måned, gi styret underretning om selskapets virksomhet, stilling og resultatutvikling. Tilsvarende bestemmelse i allmennaksjeloven fastsetter en månedlig rapportering fra daglig leder.

Slik underretning kan enten skje i møte eller skriftlig. Styret kan bestemme at rapporteringen skal skje hyppigere, for eksempel ved å gi retningslinjer, men det kan også fastsettes i vedtektene.¹⁵⁰ Det er heller ingenting i veien for at daglig leder avlegger hyppigere rapporter etter eget tiltak.

Hva angår redegjørelsens innhold, følger det av forarbeidene at denne skal være mer utførlig enn en regnskapsrapport. Den må i det minste inneholde resultatrapport og balanserapport for perioden, og akkumulerte tall for året. Rapporten skal danne grunnlag for styrets vurdering av den økonomiske situasjonen, og må derfor gi tilfredsstillende økonomisk informasjon.¹⁵¹ Hva innholdet bør være utover dette, vil bero på de konkrete omstendigheter, herunder sakens viktighet og styrets kunnskap om saken.¹⁵² I NOU 1992: 29 s. 152 uttales det:

”Hvor omfattende og detaljert redegjørelsen skal være, må avgjøres konkret ut fra selskapets størrelse, hva slags saker daglig leder har hatt til behandling siden forrige underretning, og hvor stor betydning disse sakene må anses å ha for vedkommende selskap. Det må også legges vekt på hva slags rolle styret selv har i selskapet. Dersom styret opptrer aktivt i forvaltningen, må det stilles

¹⁵⁰ NOU 1996:3 s. 138-139

¹⁵¹ Krogh (1997) s. 333

¹⁵² Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 148

mindre krav til rapporteringen enn dersom styret i første rekke har en tilsynsfunksjon. Avgjørende må være at styret gis en rimelig mulighet til å kunne vurdere daglig leders arbeid og selskapets stilling”.

Rapporteringsplikten vil spille en sentral rolle i sammenheng med å gi styret informasjon om selskapets økonomi, herunder gi grunnlag for vurderingen av selskapets egenkapital etter asl. § 3-4. Dersom rapportene viser en forverring av selskapsøkonomien, vil dette være et sterkt incentiv for styret til å evaluere selskapets egenkapitalsituasjon, og eventuelt sette i verk nødvendige tiltak etter asl. § 3-5 første ledd.

I LB-2008-120826 fant lagmannsretten at den betydelige omsetningsøkningen i selskapet, sammenholdt med saksøktes kompetanse og erfaring, gjorde at de uformelle samtalene mellom saksøkte og daglig leder ikke kunne karakteriseres som en tilfredsstillende kontroll med de grunnleggende vilkårene for virksomheten. Saksøkte hadde som utgangspunkt ikke et ansvar for å kvalitetssikre alle avtaler daglig leder inngikk, eller å gjennomgå regnskapet i detalj, men ut fra konkrete omstendigheter i saken fant lagmannsretten at saksøkte burde ha foretatt nevnte undersøkelser. Det var av betydning at selskapet bare hadde en eier, hvilket medfører et krav om at alle avtaler mellom selskapet og aksjeeier skal nedtegnes skriftlig, jf. asl. § 6-13 tredje ledd. Daglig leder var samtidig eneeier av aksjene, hvilket også tilsa et skjerpet tilsynsansvar for saksøkte.

Selv om rapporteringsplikten gjelder overfor styret som sådan, og tilsvarende for tilsynsplikten etter § 6-13, vil nok styreleder ha en særlig plikt til å holde øye med driften, herunder daglig leder. Dette kan også leses ut av asl. §§ 6-20, 6-21. Styreleder skal forberede aktuelle saker for styret, hvilket gjør det nødvendig å sette seg kontinuerlig inn i selskapets drift. Daglig leder skal videre forberede saker for styret i samråd med styreleder, slik at informasjonsutveksling mellom disse er en forutsetning. På bakgrunn av dette vil culpavurderingen skjerpes noe for styreleder, og han vil i alminnelighet være mer utsatt for søksmål enn de øvrige styremedlemmer.¹⁵³

¹⁵³ Se om dette i avsnitt 2.3.6

3.3.4 Oppsummering

Tilsynsplikten i asl. § 6-13 er ikke nødvendigvis en selvstendig plikt ved siden av forvaltningsplikten i asl. § 6-12. Som nevnt over, må asl. § 6-12 anses som en paraplybestemmelse. Tilsynsplikten vil således inngå i en helhetsvurdering om hvorvidt forvaltningsplikten er overholdt eller ei, men også i vurderingen om styret har handlet forsvarlig etter asl. §§ 3-4 og 3-5. Har styret først overholdt tilsynsplikten skal det normalt en del til før det kommer i en ansvarsbetingende situasjon med hensyn til kravet i asl. § 3-4, handleplikten etter asl. § 3-5 og oppbudsplikten.

4 Kravet til forsvarlig egenkapital

4.1 Innledning

Kravet til forsvarlig egenkapital følger av asl. § 3-4:

”Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”.

Bakgrunnen for bestemmelsen er ønsket om å beskytte selskapets egenkapital slik at drift ikke skjer for kreditorenes regning.¹⁵⁴ Plikten følger for så vidt allerede av det generelle forvaltningsansvaret, men en egen regel ble funnet å gi en egenverdi. Et tilsvarende krav var ikke lovfestet i 1976-loven, men fulgte av dens forarbeider.¹⁵⁵ En dom avsagt under den gamle lov som støtter at det forelå et ulovfestet egenkapitalkrav, er Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) hvor Høyesterett uttalte:

¹⁵⁴ NOU 1992:29 s. 37

¹⁵⁵ Ot. prp. nr. 19 (1974-1975) s. 16

”Aksjekapitalen i selskapet var på 50 000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig”.¹⁵⁶

Etter forarbeidene er regelens viktigste funksjon at den gir ”selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak”.¹⁵⁷

Etter ordlyden er det ”selskapet” som skal sørge for en forsvarlig egenkapital. Plikten er derfor ikke forbeholdt styret. Forarbeidene til bestemmelsen viser imidlertid til ”selskapets ledelse”, og i praksis er det antagelig styret med daglig leder som først og fremst må sørge for at asl. § 3-4 overholdes.¹⁵⁸ Andenæs argumenterer for at ”selskapet” ikke skal tolkes innskrenkende til bare å gjelde ledelsen, men at også generalforsamlingen er omfattet.¹⁵⁹ Generalforsamlingen representerer imidlertid ikke selskapet på en tilsvarende måte som styret. Etter min mening påhviler derfor plikten etter asl. § 3-4 primært styret, som en presisering av det generelle forvaltningsansvaret i asl. § 6-12, se neste avsnitt.

Innholdet i kravet til forsvarlig egenkapital er av særlig viktighet i økonomisk vanskelige tider. Kravet legger en begrensning på selskapets handlefrihet, samtidig som det gir en plikt til handling dersom driften av selskapet ikke lenger er regningssvarende.

4.2 En presisering av forvaltnings-, tilsyns- og opplysningsplikten

Som det fremgår av fremstillingen over, må asl. § 3-4 ses på som en presisering av det generelle forvaltningsansvaret som følger av asl. § 6-12, særlig tredje ledd og styrets plikt til å ”holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling”. Kravet til forsvarlig egenkapital vil også få betydning når styret skal avlegge årsregnskapet. Styret er pålagt en

¹⁵⁶ Dommen er nærmere behandlet i Christie (2001) s. 216

¹⁵⁷ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68

¹⁵⁸ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68, NOU 1996:3 s. 43-44

¹⁵⁹ Andenæs (2006) s. 418

opplysningsplikt i årsberetningen, jf. rskl. §§ 3-3 og 3-3a, denne knytter seg blant annet til egenkapitalen. Her vil også fortsatt-drift-forutsetningen være av betydning.¹⁶⁰

4.3 Kravet til forsvarlig egenkapital

4.3.1 Innledning

Begrepet ”forsvarlig” er vidt og skjønnsmessig, og en nærmere drøftelse av innholdet må derfor forankres i andre rettskilder enn lovteksten. Forarbeidene til bestemmelsen er her retningsgivende.

Forsvarlighetsvurderingen beror på de konkrete forholdene i selskapet, og må ta utgangspunkt i styrets kunnskap på det tidspunktet evalueringen av egenkapitalen måtte foretas, jf. avsnitt 2.3.5.1 om culpanormen.¹⁶¹

Forsvarlighetskravet tilknyttet egenkapitalen er av sentral betydning både for aksjonærer og kreditorer. Reglene bør imidlertid ikke praktiseres som for rigide, men legge til rette for at virksomheter kan utvikle seg og bidra til et konkurransedyktig næringsliv.

4.3.2 Virksomhetens risiko og omfang

Det følger av asl. § 3-4 at forsvarlighetskravet må vurderes ut fra ”risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”.

Om det er egenkapitalen som til enhver tid må tilpasses virksomheten, eller omvendt følger ikke av ordlyden. Etter forarbeidene vil dette imidlertid ikke ha noen betydning da avgjørelsen om å enten innehente ytterligere kapital, eller redusere virksomheten uansett må foretas ut fra markedet og forretningsmessige vurderinger.¹⁶²

¹⁶⁰ En fremstilling av fortsatt-drift-forutsetningen følger av avsnitt 4.4.4

¹⁶¹ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68

¹⁶² Ot. prp. nr.23 (1996-1997) s. 51

Når det etter ordlyden skal tas hensyn til ”risikoen ved (...) virksomheten”, innebærer det at kravet til egenkapital er strengere ved risikoutsatte virksomheter hvor svingningene i markedet kan få store konsekvenser.¹⁶³ Dersom virksomheten driver innenfor en høyrisikobransje, eller virksomheten som sådan medfører stor risiko, vil eventuelle forsikringer og lignende som søker å begrense virkningene dersom risikoen skulle realisere seg i skade, ha betydning for vurderingen.¹⁶⁴ Selskaper i bransjer som er særlig utsatte for konjunktur- og markedssvingninger vil ofte ha behov for en større kapitalbuffer. For eksempel må et entreprenørselskap som baserer sin virksomhet på anbudsarbeid til fast pris, ha en større kapitalbuffer enn et handelsselskap som over lengre tid har drevet med stabile bruttoavanser og kostnadsstruktur.¹⁶⁵

Selskaper som er påvirket av sesongsvingninger, må ha tilstrekkelig høy egenkapital for å komme seg gjennom lavsesongen.¹⁶⁶

I vurderingen om virksomhetens omfang, vil det for eksempel få betydning om virksomheten ønsker å utvide driften. I så fall må det tas stilling til om det samtidig er nødvendig å styrke egenkapitalen.¹⁶⁷ En utvidelse vil som regel tilsi en styrking av selskapets egenkapital.¹⁶⁸

4.4 Egenkapitalbegrepet

4.4.1 Innledning

Egenkapitalen utgjør differansen mellom selskapets eiendeler og gjeld, og kan være positiv eller negativ. Begrepet er i hovedsak regnskapsrettslig, men har betydning i en rekke

¹⁶³ NOU 1996:3 s. 102 og 146

¹⁶⁴ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52

¹⁶⁵ Bråthen (2001)b s. 13

¹⁶⁶ Se RG-2007-1625 (Bømmeløy Hotelldrift) i avsnitt 6.4.2

¹⁶⁷ NOU 1996:3 s. 102 og 146

¹⁶⁸ NOU 1996:3 s. 146

tilfeller også i selskapsretten. Selskapets regnskapsmessige egenkapital skal følge av balansen i årsregnskapet, se post C i rskl. § 6-2. Denne må skilles fra selskapets reelle egenkapital, som fastsettes på grunnlag av den reelle verdien av selskapets eiendeler og forpliktelser.¹⁶⁹

4.4.2 Nærmere om innholdet av egenkapitalvurderingen

Ut fra en ren ordlydsfortolkning av asl. § 3-4, er det kun egenkapitalen som skal omfattes i forsvarlighetsvurderingen. ”Egenkapital” er ikke entydig i relasjon til asl. § 3-4, og det har vært usikkerhet i praksis knyttet til om begrepet viser til reell eller balanseført egenkapital, eller om det er en helhetsvurdering av selskapets kapitalgrunnlag det siktes til.

I NOU 1996:3 s. 146 uttalte Aksjelovutvalget at sammensetningen av fremmedkapitalen vil ha betydning for vurderingen av egenkapitalen, herunder om det foreligger etterprioriterte lån, rentebetingelser, lånenes løpetid med videre. Dette taler for at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn vurderingen etter asl. § 3-4. Denne er ikke begrenset til egenkapitalen som sådan, men omfatter hele selskapets kapitalgrunnlag.

I Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52 sa departementet seg enig med Aksjelovutvalget i at det ut fra de formål bestemmelsen har, må være riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen. Departementet mente videre at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn, ikke den balanseførte. Mener selskapet å ha høyere egenkapital enn det som følger av balansen, må dette ha grunnlag i en forsvarlig vurdering. Et eksempel på merverdi som ikke fremkommer av balansen, er erverv av forretningseiendom som har senere hatt betydelig verdiøkning, men hvor regnskapsreglene ikke tillater oppskrivning.¹⁷⁰ Det er følgelig den reelle egenkapitalen som skal danne grunnlaget for vurderingen i asl. § 3-4.

¹⁶⁹ Andenæs (2006) s. 417

¹⁷⁰ Bråthen (2001)b s. 11

I Ot. prp. nr. 55 (2005-2006) s. 19-20, var det spørsmål om egenkapitalbegrepet i asl. § 3-4 skulle endres. Departementet fant imidlertid at det ikke var hensiktsmessig med en endring av bestemmelsen, da innholdet i selskapets vurdering uansett vil være det samme. Skulle bestemmelsen presiseres til å vise til balanseført eller reell egenkapital, eventuelt til det videre begrepet ”kapitalgrunnlag”, vil forsvarlighetskravet uansett innebære at det må foretas en helhetsvurdering av selskapets økonomiske stilling. Etter departementets oppfatning ville en presisering i lovteksten om at bestemmelsen sikter til det totale kapitalgrunnlag, ikke gjøre den særlig mer tilgjengelig for leseren. I tillegg kunne en presisering til balanseført, eller reell egenkapital skjule den helhetsvurderingen som er nødvendig.

Videre blir det et spørsmål om den helhetsvurderingen forarbeidene legger føring på innebærer en likviditets- eller soliditetsvurdering.

Etter ordlyden i asl. § 3-4 er det egenkapitalen som skal være forsvarlig, hvilket taler for at det her er snakk om en soliditetsvurdering. Dette står riktignok i motsetning til uttalelsene fra forarbeidene jeg har vist til over, som taler om en vurdering av hele selskapets kapitalgrunnlag.

Kravet til forsvarlig egenkapital viser blant annet til en vurdering om selskapet er i stand til å dekke sine avtalemessige forpliktelser, ett år frem i tid.¹⁷¹ Dette er en likviditetsvurdering. Videre følger det av forarbeidene at det i forsvarlighetsvurderingen skal tas hensyn til ”sammensetningen av selskapets lånekapital og den likviditetsbelastning betjeningen av denne representerer”. Videre at det vil være relevant om det inngår etterprioriterte lån i fremmedkapitalen, og at rentebetingelser og lånetid må tas med i vurderingen.¹⁷² Ut fra forarbeidene er det tilsynelatende en likviditetsvurdering asl. § 3-4 legger føring på.

¹⁷¹ Se avsnitt 4.4.4

¹⁷² NOU 1996:3 s. 146

Et selskap kan ha en høy egenkapitalgrad, men dersom selskapets midler samtidig er illikvide, vil dets forpliktelser likevel ikke kunne dekkes. Soliditeten vil således være et viktig moment, men bare ett moment blant flere i helhetsvurderingen om egenkapitalen er forsvarlig.¹⁷³

Det må foretas en vurdering av hele selskapets finansieringsstruktur, og det er derfor likviditeten som må være avgjørende for om egenkapitalen er ”forsvarlig” etter asl. § 3-4. Bestemmelsen er imidlertid en presisering av asl. § 6-12. At styret har plikt til å holde en forsvarlig likviditetsreserve kan derfor også utledes av kravet til ”forsvarlig organisering” i første ledd.

Konklusjonen blir derfor at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn, men at vurderingen ikke er begrenset til denne. Selskapets kapitalgrunnlag som sådan vil være relevant, herunder en vurdering av selskapets likviditet.¹⁷⁴

4.4.3 Hvor hyppig må styret vurdere om egenkapitalen er forsvarlig?

Etter asl. § 3-4 skal selskapet til ”enhver tid” ha en forsvarlig egenkapital. Problemstillingen i det følgende er hva som ligger i ”enhver tid”, herunder hvor ofte styret må vurdere om egenkapitalen er forsvarlig.

Bestemmelsen gir etter sitt innhold en oppfordring, og påminnelse om å foreta kontinuerlige vurderinger av selskapets økonomi. Bevisshensyn taler for at styreprotokollen bør avspeile at styret har vurdert spørsmålet på en seriøs, og samvittighetsfull måte.¹⁷⁵

Kravet er ikke begrenset til ulike tidspunkter i selskapets eksistens, for eksempel oppstarten. Det følger av forarbeidene at lav egenkapital kan godtas for selskaper i denne

¹⁷³ Løvdal. (2003) s. 497

¹⁷⁴ Om skjulte verdier eller tap som vil ha betydning for egenkapitalvurderingen, se Løvdal (2003) s. 484-496

¹⁷⁵ Bråthen (2001)b s. 11

perioden, så lenge det er utsikter til bedring i fremtiden når driften kommer skikkelig i gang.¹⁷⁶ Det foreligger vanligvis en rekke etableringskostnader i begynnelsen, og selskapet vil de første årene være i en innarbeidelsesfase både i relasjon til driften og markedet. Vurderingen blir i så fall om virksomheten utvikler seg i samsvar med planer og budsjetter, slik at egenkapitalen må anses for forsvarlig ut fra den fasen selskapet er i.¹⁷⁷

Styret bør i situasjoner med anstrengt økonomi følge opp egenkapitalsituasjonen regelmessig, og også dokumentere hva som er gjort for å skaffe oversikt over økonomien, hvilken informasjon som er mottatt og hvordan den totale situasjonen vurderes.¹⁷⁸

Det er derfor som utgangspunkt ikke tilstrekkelig å vurdere den økonomiske situasjonen kun i forbindelse med årsregnskapet. Dette må modifiseres i de situasjoner hvor det siste årsregnskapet gir uttrykk for en egenkapital på et tilfredsstillende nivå, og det ikke inntrer forhold som må antas å ha vesentlig betydning for denne i løpet av året. I så fall følger det av forarbeidene at det ”selvsagt ikke er nødvendig for styret å foreta hyppige kontroller av egenkapitalen”.¹⁷⁹

Konklusjonen blir derfor at det vil bero på omstendighetene hvor hyppig styret må foreta en vurdering av om egenkapitalen er forsvarlig. En nedgang i konjunkturen vil være et sterkt incentiv til opptrapping av slike vurderinger. I tillegg vil daglig leders rapporter etter asl. § 6-15 gi veiledning for når styret bør foreta en evaluering av egenkapitalsituasjonen. Dersom disse rapportene viser en negativ utvikling, tilsier det at styret bør foreta hyppigere vurderinger av selskapets egenkapital.¹⁸⁰

¹⁷⁶ NOU 1996:3 s. 146 og *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* s. 183

¹⁷⁷ Krogh (1997) s. 332

¹⁷⁸ Gøbel (2009) s. 15

¹⁷⁹ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 55

¹⁸⁰ Om daglig leders rapporteringsplikt, se avsnitt 3.3.3

4.4.4 Fortsatt-drift-forutsetningen

4.4.4.1 Innledning

Etter forarbeidene til aksjeloven skal egenkapitalen vurderes under en forutsetning om fortsatt drift, dersom dette fremstår som mest sannsynlig.¹⁸¹

Prinsippet om fortsatt drift er tilknyttet vurderingen av eiendeler i balansen, og at denne er basert på forventninger om at eiendelene vil gi avkastning i fremtidige perioder.

Investeringer i varige driftsmidler eller immaterielle rettigheter vil bli balanseført, og avskrevet i fremtidige perioder for å sammenstilles med de inntektene som forventes å genereres ut fra disse. En nødvendig betingelse for at periodiseringen skal være meningsfull, blir derfor at virksomheten kan antas å vedvare i det tidsrommet det periodiseres over, og det er dette som er fortsatt-drift-forutsetningen.¹⁸² Dersom en slik forutsetning ikke kan legges til grunn, skal det utarbeides et avviklingsregnskap hvor eiendeler og gjeld vurderes til virkelig verdi ved avvikling.¹⁸³

Forutsetningen om fortsatt drift er et etablert regnskapsrettslig prinsipp som følger av så vel regnskapspraksis som regnskapsloven, jf. rskl. § 4-5, 1 punktum:

”Årsregnskapet skal utarbeides under forutsetning om fortsatt drift så lenge det ikke er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet”.

Kravet til fortsatt drift etter aksjelovene vil sammenfalle med kravet etter regnskapsloven. Opplysningsplikten om fortsatt drift i rskl § 3-3 er for eksempel tilknyttet kravet til forsvarlig egenkapital i asl. § 3-4. Forarbeidene til regnskapsloven viser derfor til aksjeloven og omvendt.¹⁸⁴

¹⁸¹ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52

¹⁸² Johnsen (1999) s. 184

¹⁸³ Eilifsen (1998) s. 20

¹⁸⁴ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52, NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7 og Ot. prp. nr. 42 (1997-1998) s. 103

Regnskapsloven er i skrivende stund under revisjon for å gjennomføre Norges EØS-forpliktelser, men innholdet i kravet til fortsatt drift er foreslått uendret.¹⁸⁵ Det må derfor drøftes hva som ligger i kravet om fortsatt drift etter regnskapsloven, og rettskilder tilknyttet denne.

Fortsatt-drift-forutsetningen legger føring på tre hovedproblemstillinger:¹⁸⁶

For det første, hva som ligger i ”fortsatt drift”. For det annet, når er sannsynlighetskravet er oppfylt, herunder hvor sikker må man være i sin vurdering før fortsatt-drift-forutsetningen må forkastes? Og for det tredje må det fastsettes hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn. Skal vurderingen om fortsatt drift gjøres med sikte på det neste regnskapsåret, eller innen et mindre konkret tidsrom, for eksempel innen overskuelig fremtid?

4.4.4.2 Innholdet i kravet til fortsatt drift.

Hva som ligger i ”fortsatt drift” kan vanskelig leses ut av ordlyden i rskl. § 4-5, men den viser til at forutsetningen må legges til grunn dersom avvikling ikke er sannsynlig. I regnskapsloven er alternativene gjensidig utelukkende, og innholdet av begrepet avvikling kan derfor kaste lys over innholdet av fortsatt drift.¹⁸⁷

Videre kan det stilles spørsmål ved hva som menes med ”drift”. Viser begrepet til selve virksomheten? I så fall blir det en problemstilling om store eller små endringer kan tolereres, uten at forutsetningen om fortsatt ”drift” må forkastes. ”Fortsatt” stiller klart et krav om en viss kontinuitet, men en kontinuitet for hva? Er det en vurdering om at samme aktivitet må fortsette, eller er det selskapets markedsposisjon eller virksomhetsområde det siktes til?¹⁸⁸

¹⁸⁵ NOU 2003:23 s. 264

¹⁸⁶ Eilifsen (1998) s. 20 og Kvaal og Mamelund (1999) s. 105-110 bruker tilsvarende tredeling i sin fremstilling

¹⁸⁷ Johnsen (1999) s. 185

¹⁸⁸ Eilifsen (1998) s. 20

Regnskapslovutvalget påpekte at fortsatt drift viser til en vurdering av om den samme virksomheten kan fortsette, ikke bare en fortsatt eksistens for selskapet.¹⁸⁹ Dersom selskapet har planer om å avvikle deler av virksomheten, kan dette derfor forandre utarbeidelse av et avviklingsregnskap for denne delen av selskapets drift, selv om selskapet som sådan består.

Fortsatt-drift-forutsetningen viser videre til regnskapsenheten. Det vil si at forutsetningen skal legges til grunn dersom det er ikke sannsynlig at den enheten regnskapet gjelder må avvikle.¹⁹⁰

Begrepet avvikling har et noe annet innhold i aksjelovene enn i regnskapsloven. Avvikling er etter aksjelovene en del av prosessen ved selskapets oppløsning, som blant annet kan initieres ved forslag fra styret, jf. asl. § 3-5 annet ledd. Avvikling betyr videre avvikling av selskapet som sådan, mens begrepet etter regnskapsloven retter seg mot det enkelte virksomhetsområdet. Det kan derfor synes som om ”avvikling” etter rskl. § 4-5 har en noe videre betydning enn etter aksjelovene.

Videre blir det en problemstilling om ”fortsatt drift” likevel kan legges til grunn dersom det er nærliggende å anta at kreditorene vil drive selskapet videre, i stedet for å avvikle.

Av IAS 1¹⁹¹ par. 25 følger det at:

“An entity shall prepare financial statements on a going concern basis unless management either intends to liquidate the entity or to cease trading, or has no realistic alternative but to do so”.

Ordlyden retter seg mot selskapets styrende organer. ”Fortsatt drift” må derfor bety videre drift under selskapets kontroll. Styret kan derfor ikke legges til grunn at kreditorene i en

¹⁸⁹ NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7

¹⁹⁰ Ot. prp. nr. 42 (1997-1998) s. 103, Eilifsen (1998) s. 21

¹⁹¹ Internasjonal regnskapsstandard utgitt av International Accounting Standards Board

tvangssitasjon vil foretrekke å drive virksomheten videre under sin kontroll, som alternativ til avvikling. Det må imidlertid være anledning til å ta hensyn til eventuelle tilskudd fra aksjonærene dersom dette er realistisk, selv om kapitalgrunnlaget er tynt.¹⁹²

Fortsatt drift må vurderes med utgangspunkt i selskapets ressurser i dag, forventet inntjening i fremtiden og variansen i fremtidige resultater.¹⁹³ Fortsatt-drift-forutsetningen viser derfor til selskapets evne til å innfri sine forpliktelser, og ikke til en kontinuitet for verken aktivitet, markedsposisjon eller virksomhetsområde.

Konklusjonen blir derfor at fortsatt-drift-forutsetningen kan legges til grunn dersom selskapet kan innfri sine forpliktelser. Dersom det er sannsynlig at gjelden ikke vil bli avtalemessig betjent, er dette ensbetydende med sannsynlig avvikling.¹⁹⁴

4.4.4.3 Når er fortsatt drift "sannsynlig"?

Forarbeidene til regnskapsloven presiserer at fortsatt-drift-forutsetningen ikke er en konkret standard, men en antagelse, og at det vil være knyttet usikkerhet til hvorvidt denne antagelsen er riktig.¹⁹⁵ Problemstillingen i det følgende blir derfor hva som skal til for at antagelsen ikke fremstår som så usikker at den må forkastes, altså et spørsmål om sannsynlighetskrav.

Fortsatt drift forutsetningen i rskl. § 4-5 krever at denne må legges til grunn med mindre det "er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet". Etter forarbeidene er det ikke tilstrekkelig med en intensjon om fortsatt drift, det må være realisme i forutsetningen.¹⁹⁶ Forarbeidene viser videre til juridisk teori, herunder Henderson og Peirson som hevder at

¹⁹² Johnsen (1999) s. 186

¹⁹³ Kvaal og Mamelund (1999) s. 107

¹⁹⁴ Kvaal og Mamelund(1999) s. 107, og Johnsen (1999) s. 186

¹⁹⁵ NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7, også Eilifsen (1998) s. 20

¹⁹⁶ NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7

forutsetningen kan legges til grunn ”in absence of evidence to the contrary”.¹⁹⁷

Regnskapslovutvalget uttalte at spørsmålet dermed blir hvor sterke indikasjoner det må være for det motsatte, før forutsetningen om fortsatt drift skal forkastes.

Det må foretas en avveining mellom to typer feil. Enten å forkaste fortsatt-drift-forutsetningen når den er riktig, eller å akseptere den når den er feil. På denne bakgrunn fremmet utvalget forslag om at fortsatt drift skal legges til grunn dersom det ikke er ”mest sannsynlig” at virksomheten blir avviklet.¹⁹⁸

Departementet fant imidlertid at dette ville pålegge en plikt til å avgi avviklingsregnskap når sannsynligheten for avvikling overstiger 50 %. Dette ble funnet å være for strengt, og departementet uttalte at terskelen måtte settes ”noe høyere”.¹⁹⁹ Forarbeidene utdyper imidlertid ikke hva et høyere sannsynlighetskrav innebærer. Det har derfor blitt hevdet at ”sannsynlig” i rskl. § 4-5 tilsvarer alt fra et nivå på 50-60 % og opptil 90 %.²⁰⁰

I forbindelse med ny regnskapslov blir det i NOU 2003: 23 s. 167-168, foreslått at sannsynlighetskravet i rskl. § 4-5 endres. Bakgrunnen er IAS- framework (i avsnittet *underlying assumptions*) hvor det heter:

”Hence it is assumed that the enterprise has neither the intention nor the need to liquidate or curtail materially the scale of its operations; if such an intention or need exists, the financial statements may have to be prepared on a different basis (...)”.

Se også IAS 1 par. 25 som er sitert over. Ut fra ordlyden kan det virke som om plikten til å forkaste fortsatt-drift-forutsetningen er mindre streng etter IAS. Fortsatt drift kan etter denne legges til grunn selv om det er sannsynlig at driften legges ned, så lenge det er en

¹⁹⁷ NOU:1995:30 avsnitt 2.4.7 og Henderson (1989) s. 79

¹⁹⁸ NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7

¹⁹⁹ Ot. prp. nr. 42 (1997-1998) s. 103

²⁰⁰ Johnsen (1999) s. 188

realistisk mulighet for at dette ikke vil skje. Selv om forskjellen antagelig er liten i praksis ble rskl. § 4-5 foreslått endret til ”overveiende sannsynlig”.²⁰¹

Jeg kan imidlertid ikke se at dette gir noe mer enn det som allerede følger av forarbeidene til gjeldende regnskapslov. Ingen av formuleringene ”mest sannsynlig”, ”sannsynlig” eller ”overveiende sannsynlig” bidrar i særlig grad til å fastslå presist hva som skal til for at fortsatt drift forutsetningen må forkastes. Det viser imidlertid en tendens, ønsket er at regelen ikke skal fremstå for streng. Som det fremgår av neste punkt, vil enhver sannsynlighetsprosent uansett være lite veiledende så lenge det ikke samtidig fremgår hvilket tidsperspektiv sannsynligheten skal vurderes opp mot.

4.4.4.4 Hvor langt frem i tid skal driften kunne fortsette?

Det er ikke drøftet i forarbeidene hvilken tidshorisont som skal legges til grunn i sannsynlighetsvurderingen, men det uttales at driften må kunne antas å fortsette ”i overskuelig fremtid”.²⁰² Mangelen på presisering av sannsynlighetskravet, kombinert med at det ikke er nevnt noe om hvor langt tidsperspektiv som skal inngå i vurderingen, gjør at kravet etter rskl. § 4-5, vanskelig kan fastsettes presist.

Tidshorisonten vil være av sentral betydning, da en sannsynlighetsvurdering nødvendigvis vil være enklere desto kortere tidsperspektivet er. Når sannsynlighetskravet har blitt drøftet i forarbeidene, fremstår det derfor som noe underlig at tidsperspektivet ikke har vært gjenstand for samme diskusjon. Regnskapslovutvalget viser riktignok til et behov for utfylling av de retningslinjer som er omtalt, men at en slik utredning ikke er forenelig med Utvalgets tidsramme.²⁰³

²⁰¹ NOU 2003:23 s. 168 og 264

²⁰² NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7

²⁰³ NOU 1995:30 avsnitt 2.4.7

Departementet gir en redegjørelse for tidsperspektivet i forbindelse med fortsatt-drift-forutsetningen, grunnet etterlysninger under høringen, men ikke i tilknytning til sannsynlighetskravet:

”Etter departementets syn er den relevante tidshorisonten den forventede økonomiske levetid som legges til grunn for periodiseringen av anleggsmidlene”.²⁰⁴

Skal dette utsagnet om fortsatt drift kombineres med et sannsynlighetskrav på 60-70 %, vil regelen bli meget streng. I børssnoterte selskaper, hvor verdisvingningenes standardavvik på industriaksjer ligger på ca 40 %, vil sannsynligheten for at egenkapitalen blir negativ i løpet av ett år kunne neglisjeres for et selskap med 50 % egenkapitalandel, dersom det legges til grunn at verdisvingningene på aksjene tilsvarer svingningene i egenkapitalen. Et børssnotert selskap med kapitalandel på 10 til 20 % kan imidlertid ikke se bort fra sannsynligheten for negativ egenkapital på en tilsvarende måte.²⁰⁵ I så fall vil selskap som i utgangspunktet har et forsvarlig kapitalgrunnlag kunne omfattes av unntaket i rskl. § 4-5, og derfor måtte forkaste fortsatt-drift-forutsetningen.

Det kan neppe legges til grunn at dette har vært lovgivers mening. Gode grunner taler for å tolke nevnte uttalelse fra departementet som at hele perioden det periodiseres over vil være relevant for fortsatt-drift-forutsetningen, og at det med dette ikke var meningen å si noe om sannsynlighetskravet.²⁰⁶

Det er derfor nærliggende å legge en tidshorisont på ett år til grunn for vurderingen av fortsatt drift. Dette må være en fornuftig løsning i og med at en ny vurdering av fortsatt

²⁰⁴ Ot. prp. 42 (1996-1997) s. 190

²⁰⁵ Johnsen (1999) s. 189

Eksempelen er drøftet i større omfang i Kvaal og Mamelund (1999) s. 109. Dette viser en konkurssannsynlighet for selskap med 30 % egenkapitalandel på 0,7 med ti års sikt. Dette er riktignok under forutsetninger som vanskelig slår til i praksis, men illustrerer likevel at konkurssannsynligheten kan bli vesentlig høyere enn hva som er intuitivt rimelig ved relativt vanlige egenkapitalstørrelser.

²⁰⁶ Kvaal og Mamelund (1999) s. 109

drift uansett må foretas da. En slik dynamisk tolkning av rskl. § 4-5 har støtte i IAS 1 par. 26 som har et tilsvarende skille på 12 måneder fra balansedagen:²⁰⁷

” In assessing whether the going concern assumption is appropriate, management takes into account all available information for the foreseeable future, which should be at least, but not limited to, twelve months from the balance sheet date”.

All relevant informasjon må tas med på vurderingstidspunktet. Foreligger det forhold innenfor nevnte tidshorisont som tilsier avvikling, må dette fremkomme av årsberetningen. I motsatt fall vil det ikke foreligge indikasjoner på at fortsatt-drift-forutsetningen må forkastes.²⁰⁸

I LF-2004-987 (Devold Tekstil) ble styreleder saksøkt av konkursboet for manglende oppbud, og brudd på aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital. Konkursboet anførte blant annet at det forelå en overvurdering av enkelte poster i selskapets balanse, og at kapitalsituasjonen i selskapet var vesentlig lavere enn hva regnskapet viste. Lagmannsrettens flertall oppfattet dette som en side av vurderingen om selskapets status som ”going concern”. Retten tilsluttet seg tingrettens vurdering om at det ikke var grunnlag for å korrigere noen av aktivapostene i regnskapet, så lenge det forelå en realistisk plan for videre drift.

Lagmannsretten knyttet sitt standpunkt til om det forelå ”en realistisk plan for videre drift”. Dette er i samsvar med det som følger av fortsatt drift vurderingen. Ut over det kommenteres ikke innholdet av kravet ytterligere. Ut fra faktum virker det imidlertid som om ”realistisk plan” ikke ble tolket særlig strengt. Egenkapitalen i selskapet var mer eller mindre tapt, driften gikk med underskudd og selskapet kunne ikke lenger oppfylle alle sine forpliktelser. Lagmannsretten kom likevel til at det ikke forelå grunnlag for erstatning, da de tiltak selskapet hadde satt i verk var avgjørende for en mulig lønnsom drift i fremtiden. I

²⁰⁷ Kvaal og Mamelund (1999) s. 109

²⁰⁸ Johnsen (1999) s. 190

tillegg hadde det foreligget en berettiget forventning om at eierne ville skyte inn midler til egenkapitalen. Vurdering av forsvarlig egenkapital i asl. § 3-4, og vurderingen om fortsatt drift blir etter dette hovedsakelig den samme.

Konklusjonen er at styret må ha en realistisk plan for videre drift, hvilket forutsetter at selskapet kan betjene sin gjeld i henhold til avtale. Denne vurderingen skal gjøres med sikte på det neste året, og må foretas med grunnlag i all tilgjengelig informasjon.

4.4.4.5 Momenter i vurderingen om fortsatt drift

I Revisjonsstandard (RS) 570 om revisjon av fortsatt drift, er det oppgitt noen typetilfeller som kan gi økt forretningsrisiko, og som kan skape tvil om det er grunnlag for videre drift. Listen er ikke uttømmende, at ett eller flere tilfeller forekommer må ikke nødvendigvis bety at det eksisterer vesentlig usikkerhet om driften.

Finansiering

- Netto gjeld eller netto kortsiktig gjeld
- Lån på faste vilkår som nærmer seg oppgjørstidspunkt uten at det foreligger realistisk utsikt til fornyelse eller tilbakebetaling, eller overdreven bruk av kortsiktige lån for å finansiere langsiktige eiendeler
- Indikasjoner på at finansiering vil bli trukket tilbake
- Negativ kontantstrøm fra driften i tidligere regnskap, foreløpig regnskap eller i prognoser
- Negative finansielle nøkkeltall
- Betydelige driftsmessige tap eller vesentlige fall i verdien av eiendeler som genererer kontantstrømmer
- Forsinket utbetaling av utbytte eller brudd på etablert utbyttepraksis
- Manglende evne til å betale kreditorer ved forfall
- Manglende evne til å oppfylle betingelsene i låneavtaler
- Leverandører endrer betingelser fra kredittsalg til kontant ved levering
- Manglende evne til finansiering av nødvendig utvikling av nye produkter eller andre nødvendige investeringer

Drift

- Tap av nøkkelpersonell som ikke er blitt erstattet

- Tap av vesentlig marked, franchise, lisens eller hovedleverandør
- Problemer med arbeidskraft eller tilgang på viktige innsatsfaktorer

Annet

- Manglende overholdelse av egenkapitalkrav eller andre lovkrav
- Pågående rettssaker mot foretaket eller reguleringstiltak fra myndighetene som kan medføre krav mot foretaket som det er usannsynlig at foretaket kan oppfylle
- Endring i lovgivning eller politiske vedtak som forventes å få negativ virkning for foretaket

Betydningen av slike hendelser eller forhold kan ofte modifiseres av andre faktorer. For eksempel kan virkningen av at et foretak ikke er i stand til å gjennomføre normal tilbakebetaling av gjeld, oppveies av ledelsens planer om å opprettholde tilstrekkelige kontantstrømmer på andre måter, for eksempel ved å innhente mer egenkapital. Momentene inngår følgelig i en større helhetsvurdering, hvor det sentrale er hvorvidt det er sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet. Se også IAS 1 par. 26:

“When an entity has a history of profitable operations and ready access to financial resources, the entity may reach a conclusion that the going concern basis of accounting is appropriate without detailed analysis. In other cases, management may need to consider a wide range of factors relating to current and expected profitability, debt repayment schedules and potential sources of replacement financing before it can satisfy itself that the going concern basis is appropriate”

Erfaringsmessig er det likviditet som skaper det største problemet for fortsatt drift. Selskapets kapitalbehov, arbeidskapital og evne til å refinansiere eller skaffe finansiering vil derfor være sentrale indikatorer på hvordan det står til med driften, i tillegg til resultatutvikling og inntjeningssevne.²⁰⁹ Empiriske undersøkelser vedrørende hvilke kriterier som er best egnet til å forutsi konkurs har vist at negative finansielle nøkkeltall og manglende evne til å betale kreditorer ved forfall ga god forutsigbarhet for økonomiske problemer.²¹⁰

²⁰⁹ Gøbel (2009) s. 17

²¹⁰ Isaksen (2000) s. 39

Noen forhold kan gjøre selskapet ekstra sårbart ved en plutselig svikt i inntjeningen, som et aktuelt eksempel, i forbindelse en finanskrisen. Har selskapet en stor andel kortsiktig gjeld i forhold til langsiktig gjeld, vil en slik situasjon fort medføre et likviditetsproblem for selskapet. Det kan imidlertid være vanskelig å fastslå om slike omstendigheter vil inntreffe på analysetidspunktet.

Det bør derfor foretas en vurdering av selskapet på analysetidspunktet, og ut fra dette vurdere betalingsevnen med dagens finansieringsstruktur og inntekter. Videre vil indikasjoner som kan tilsi en forbedring eller forverring av selskapets betalingsevne være relevante, for eksempel endringer i rammebetingelser eller fremtidig utvikling. Hypotetiske hendelsesforløp bør imidlertid vektlegges med forsiktighet.²¹¹

4.5 Forsvarlighetskravet som materiell begrensning for styrets beslutninger

4.5.1 Innledning

Det følger ikke direkte av asl. § 3-4 hva styret skal gjøre for å opprettholde en forsvarlig egenkapital. Regelen kan derfor tolkes som en begrensning for alle sider av styrets virksomhet som kan innebære en risiko for at egenkapitalen kan bli uforsvarlig.

Spørsmålet i det følgende blir om kravet til forsvarlig egenkapital medfører en materiell begrensning for styret, med den følge at styret kan bli holdt erstatningsansvarlig for innholdet av sine beslutninger.

4.5.2 Rettspolitiske betraktninger om ansvar for forretningsmessige avgjørelser²¹²

Begrepet ”forretningsmessige avgjørelser” er brukt av juridisk teori, og følger således ikke av aksjeloven.²¹³ Begrepet er vidt og lar seg vanskelig definere nøyaktig, men som

²¹¹ Isaksen (2000) s. 40, Løvdal (2003) s. 500

²¹² Aarum (1994) s. 305-307

²¹³ Aarum (1994) s. 322

eksempel kan nevnes beslutning om å inngå eller ikke inngå en kontrakt, eller beslutning om å investere selskapets penger. Å fatte forretningsmessige avgjørelser vil være styrets oppgave som følge av det generelle forvaltningsansvaret i asl. § 6-12.²¹⁴

Det er flere forhold som hver for seg, eller til sammen, kan begrunne en tilbakeholdenhet til å konstatere ansvar for innholdet av styrets beslutninger. For det første vil en mulighet for gevinst ved en forretningsmessig avgjørelse nesten alltid medføre en viss risiko. Dette er en gevinst som vil tilfalle selskapet, og som styret ikke får en tilsvarende del av. Styrehonorar er normalt en gitt sum, og økt gevinst som følge av styrets beslutninger har ingen innvirkning på denne. Alternativt kan styrets honorar være tilknyttet utviklingen av verdien på selskapets aksjer eller lignende, i slike tilfeller vil argumentet ha begrenset verdi. Et erstatningsansvar etter en feilslått forretningsmessig avgjørelse kan få store konsekvenser for det enkelte styremedlemmet, og sammenhengen mellom tap og gevinst gjør seg ikke tilsvarende gjeldende for ham, som for eierne.

For det andre er det et poeng at det er eierne selv som velger sitt styre, og derfor bør bære risikoen for de personer som er valgt. Videre har aksjonærene nettopp ved å bli aksjonærer akseptert den risiko som denne typen investering innbærer, og må derfor også akseptere at noen avgjørelser kan medføre tap. Når beslutningene også har en mulighet for gevinst, vil det være i aksjonærenes egen interesse at ansvaret ikke er for strengt, slik at styret ikke blir skremt fra å treffe beslutninger med et element av risiko.

For det tredje vil forretningsmessige avgjørelser kunne fordre særskilt kunnskap på flere områder, enten dette er økonomi, markedsføring eller konkurranseforhold. Avgjørelsene vil ofte fattes på grunnlag som endrer seg hurtig, og med en tanke om fremtidig utvikling som kan endre seg tilsvarende fort.

²¹⁴ Andenæs (2006) s. 378, *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* (2004) s. 489

På grunn av de ulike sidene ved de forretningsmessige avgjørelsene vil det i ettertid ofte være vanskelig å overprøve disse, og karakterisere dem som ”feil”, noe som illustreres ved uttalelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i neste avsnitt.

4.5.3 Asl. § 3-4 som krav til styrets forretningsmessige avgjørelser

Hensikten bak å investere i et aksjeselskap er nødvendigvis ønsket om å få utbetalt utbytte. Dette, i sammenheng med forsvarlighetskravet i asl. § 3-4, pålegger en plikt for styret til å treffe beslutninger som er med på å opprettholde egenkapitalen, og således legge grunnlaget for utdeling av utbytte.

For at selskapet skal få tilstrekkelig overskudd til dette, må det fattes forretningsmessige avgjørelser som medfører en viss økonomisk risiko. I økonomiske nedgangstider vil risikoen nødvendigvis bli noe større, fordi virkningen av disposisjonene kan bli vanskeligere å fastslå. På den annen side blir gode avgjørelser også en nødvendighet for selskaper som rammes hardt av nedgangstidene.

Etter asl. § 3-4 skal det i vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig, legges vekt på virksomhetens risiko og omfang. Bestemmelsen medfører således en plikt for styret til ikke å fatte beslutninger som medfører en økt risiko for selskapet, uten samtidig å øke egenkapitalen tilsvarende.²¹⁵ Momentet om risiko ved selve driften er et sentralt poeng i relasjon til ansvar for innholdet av forretningsmessige avgjørelser. Det har formodningen mot seg å konstatere ansvar for avgjørelser som innebærer risiko, når nettopp risiko må anses som en naturlig del av selve forretningsdriften, og ikke bare den konkrete avgjørelsen.

Selv om risikoaspektet er sentralt, betyr ikke det at styremedlemmene ansvarsfritt kan slippe unna dersom de har fattet betydelige risikopregede, eller spekulative beslutninger.

²¹⁵ Perland (1999) s. 142

Hvorvidt det er tatt for mye risiko vil imidlertid bero på en konkret vurdering.²¹⁶ Asl. § 3-4 utgjør således en begrensning, også på styrets materielle beslutningsmyndighet.

Domstolene har i sin praksis vært tilbakeholdne med å ilegge ansvar for slike beslutninger, og det skal en del til før ansvar kan ilegges.²¹⁷ Se for eksempel Rt. 2003 s. 335 hvor kjæremålsutvalget tilsluttet seg lagmannsrettens uttalelse om at:

”(...)domstolene normalt bør være forsiktige med å sette sitt skjønn over det forretningsmessige skjønn og den bransjekunnskap som ligger til grunn for en virksomhets finansielle eller operative mål”.

Når asl. § 3-4 medfører en slik begrensning for styrets materielle beslutningsmyndighet, blir spørsmålet i det følgende hvilke kriterier som ligger i vurderingen om det er tatt for stor risiko, og som dermed kan medføre et erstatningsansvar.

4.5.4 Risikovurderingen

Det er forholdene på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn i vurderingen av om den forretningsmessige beslutningen innebar en uforsvarlig risiko, jf. avsnitt 2.3.5.1.

Forholdene kan imidlertid endre seg i ettertid, og en beslutning som fremstod som god på avgjørelsestidspunktet, kan senere vise seg å være noe ganske annet. Denne formen for etterpåklokskap gjør det betenkelig å ilegge ansvar i slike tilfeller. Når et styre står overfor flere alternativer hvor ingen umiddelbart fremstår som bedre enn andre, har det derfor formodningen mot seg at en beslutning som senere viser seg å være tapsbringende skal medføre ansvar. Styrets forretningsmessige skjønn bør beholdes styret, og ikke domstolene.

²¹⁶ Se avsnitt 4.5.4 nedenfor

²¹⁷ Aarum (1994) s. 331

Selskapets økonomi, og da særlig egenkapitalen, vil være parameter i vurderingen om beslutningen har medført en for høy grad av risiko. Et eksempel er Rt. 1991 s. 119 (Normount). Dommen er riktignok avsagt før vedtagelsen av asl. § 3-4, men er likevel interessant i dette henseende. Som nevnt forelå en tilsvarende plikt tidligere på ulovfestet grunnlag.

AS Normount Africa Line drev med innleie av skip for bortfraktning. De to første reisene gikk med tap, men aksjonærene bak Normount mente likevel at det var muligheter for lønnsom drift. Selskapet fikk derfor levert ytterligere varer og tjenester, men på kreditt. Gjelden forble ubetalt, hvilket medførte arrest i ett av selskapets innleide skip. Eierne av dette skipet måtte innfri gjelden for å få skipet frigitt. Han saksøkte derfor Normounts styremedlemmer med krav om erstatning for dette beløpet. Normount hadde ikke midler til selv å innfri kravet.

Et av hovedspørsmålene var om det under de gjeldende forhold hadde vært forretningsmessig forsvarlig å satse på en ny reise. Det forelå ennå ikke insolvens ved reisens start, men egenkapitalen var borte. Selskapet var derfor avhengig av en kapitalinnsprøytning fra eierne, og det var allerede innskutt mer enn det som fulgte av selskapsavtalen. Det var derfor av sentral betydning om selskapet hadde hatt tilstrekkelig økonomisk grunnlag til å iverksette nok en befraktning. At de foregående reiser hadde gått med tap var noe styremedlemmene visste, og følgelig måtte ha tatt i betraktning ved avgjørelsen.

Høyesterett kom til at styrets beslutning ikke kunne anses for uaktsom. Begrunnelsen var at selskapet fortsatt hadde hatt en kapital på 113 000 dollar til disposisjon. I tillegg hadde styret hatt et ikke urealistisk håp om at reisen ville gå med overskudd, hvilket kunne medført at den negative trenden i selskapet ville snudd. I alle tilfeller forelå et berettiget håp om å unngå tap. I tillegg tok styremedlemmene avgjørelsen i tillit til at det ville skytes inn mer kapital i selskapet ved behov. Denne berettigede forventningen om tilskudd, sammenholdt med forventning om overskudd, gjorde at avgjørelsen totalt sett ikke ble

ansett som for risikabel. Høyesterett kom derfor til at avgjørelsen var forretningsmessig begrunnet, selv om styremedlemmene nok hadde vært i overkant optimistiske. Dommen styrker den oppfatning at det skal noe ekstraordinært til for at ansvar kan ilegges for forretningsmessige avgjørelser, en skjønnsmessig feilvurdering er ikke tilstrekkelig.²¹⁸

I Agder lagmannsrettsdom av 5. mars 1991 medførte selskapets egenkapital at den konkrete disposisjonen ble funnet uforsvarlig. Styreformannen i et eiendomsselskap ble ilagt erstatningsansvar, da han hadde gitt to betydelige lån uten sikkerhet. Selskapets stilling hadde året før utlånet vært svak, med bare 48 723 kr i egenkapital og en gjeld på 209 666 kr. Etter dette var det lånt og investert for et betydelig beløp, og gjelden steg derfor til i overkant av 16 millioner. Ved utgangen av 1988 var egenkapitalen -2 990 446 kr. De usikrede lånene gitt i 1987, var ment som en midlertidig plassering i påvente av ytterligere eiendomsinvesteringer, og lød på 300 000 kr og 700 000 kr.

Retten kom til at dette ikke stred mot selskapets vedtekter, men ansvar ble ilagt da disposisjonen ble funnet uaktsom. På bakgrunn av selskapets stilling, sett hen til egenkapitalen og gjelden på lånetidspunktet, ble disposisjonen ansett for å i betydelig grad være risikopreget. Lånene foranlediget ytterligere undersøkelser av låntageren, hvilket ikke var gjort. En slik undersøkelse ville raskt slått fast at å yte disse lånene innebar en stor risiko. I alle tilfeller burde styreformannen sørget for en annen form for sikkerhet enn et gjeldsbrev.

Det kan argumenteres for at det var måten lånene ble gitt på, og ikke lånene som sådan som medførte risikoen. Å gi lån behøver ikke være for risikabelt selv om selskapet selv har gjeld. Det forutsetter imidlertid at lånet er forsvarlig, ut fra hvem som er låntaker og tilbakebetalingsplanen. Dommen er således et eksempel på hvordan forsvarlighetskravet også retter seg mot styrets saksbehandling.

²¹⁸ Aarum (1994) s. 344

Egenkapitalen har etter dette stor betydning i vurderingen om beslutningen medførte for høy risiko, men kan ikke vurderes isolert. Selskapets øvrige investeringer vil også være relevante, slik at vurderingen gjenspeiler den samlede risiko. I økonomisk vanskelige tider bør det være et poeng at selskapet kan motstå sviktende inntektsgrunnlag i en overgangsperiode, i tillegg til økte omkostninger. Det vil derfor ha betydning hvorvidt selskapet har en tilfredsstillende egenkapital, og likviditet for øvrig, når det går inn i en økonomisk utfordrende periode.

Etter rettspraksis har imidlertid voldsomme svingninger i konjunktoren blitt slått fast som utenfor styrets kontroll. Se for eksempel Rt. 1931 s. 993, hvor retten kom til at styremedlemmene ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett betydningen av stigningen i norsk valuta sammenholdt med et oljeprisfall som retten fant at ” kullkastet enhver beregning angaaende driftens økonomiske resultat”. Plutselige fall i økonomien kan også fritta styret for ansvar på grunn av manglende årsakssammenheng.

Det må derfor skilles mellom de disposisjoner som ikke tåler noen form for nedgang, og de disposisjoner som for så vidt er solide, men som på grunn av betydelig svikt i konjunktoren medfører tap eller fare for tap. For de førstnevnte disposisjonene vil det således være irrelevant at styret ikke kan bebreides for ikke å ha forutsett den økonomiske krisen.

4.5.5 Oppsummering

Konklusjonen blir derfor at asl. § 3-4 også innebærer et krav til innholdet av styrets avgjørelser. Dette fungerer som en begrensning for styret til å fatte risikopregede beslutninger. I vurderingen om det er tatt for mye risiko får egenkapitalen betydning ved at en tilstrekkelig og forsvarlig egenkapital gir styret større handlefrihet, fordi risikoen dermed reduseres. En øvre grense vil gå ved de disposisjoner som er såpass risikobetonte at det vil true hele selskapets kapitalgrunnlag dersom de slår feil.

5 Styrets handleplikt

5.1 Innledning

Styrets handleplikt følger av asl. § 3-5. Bestemmelsen tar særlig sikte på de situasjoner hvor selskapet går med tap som medfører at den innskutte egenkapital er mer eller mindre tapt.²¹⁹ Skulle denne situasjonen oppstå, pålegger bestemmelsen en plikt til å sørge for tiltak som igjen bringer egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå, alternativt å avvikle virksomheten.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med det generelle forvaltningsansvaret i asl. § 6-12. Den innebærer en presisering, og ytterligere skjerping, av plikten der selskapet befinner seg i et økonomisk uføre med reell risiko for alvorlig økonomisk krise.²²⁰

Vurderingen i bestemmelsen er i første rekke styrets ansvar, men den legger også føring på et samarbeid med selskapets revisor. Denne bør så tidlig som mulig melde fra til styret dersom det er indikasjoner som tilsier usikkerhet med hensyn til selskapets drift. Dette vil være en hjelp for styret som da kan komme så tidlig i gang med å sette i verk tiltak som mulig.²²¹ Revisors plikter i dette henseende er en del av revisoransvaret, og vil ikke behandles nærmere her.

Handleplikten etter asl. § 3-5 inntreffer dersom egenkapitalen ikke kan anses for forsvarlig, eller dersom denne er under halvparten av aksjekapitalen. I det følgende vil handleplikten først behandles generelt, før de to alternativene drøftes særskilt.

²¹⁹ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68, jf. Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 54

²²⁰ NOU 1996:3 s. 146

²²¹ Gøbel (2009) s. 18

5.2 Generelt om handleplikten

5.2.1 Når inntretr handleplikten?

Handleplikten etter asl. § 3-5 inntretr når dekningsmulighetene for kreditorene står i fare, og ikke først når selskapet er insolvent etter kkl. § 61. Dette i motsetning til styrets straffesanksjonerte oppbudsplikt etter strl. § 284, hvis vilkår blant annet både er insolvens og en forverring av kreditorenes stilling.²²² Handleplikten tar blant annet sikte på å hindre at selskapet havner i en situasjon hvor oppbudsplikten inntretr, og handleplikten gjør seg således gjeldende på et tidligere tidspunkt.

Plikten inntretr når det ”må antas” at egenkapitalen ikke lenger holder et forsvarlig nivå, eller at denne er under halvparten av aksjekapitalen.

”Må antas” kan tolkes på flere måter. For det første som at handleplikten inntretr i det øyeblikk egenkapitalen faktisk blir uforsvarlig/under halvparten av aksjekapitalen. For det andre som at det er tidspunktet da styret faktisk fikk kunnskap om situasjonen som er avgjørende. For det tredje, at handleplikten inntretr når styret burde hatt kunnskap om egenkapitalsituasjonen.²²³

En ren ordlydsfortolkning tilsier at det er det første alternativet som må være riktig. Når lovgiver har valgt ”må antas” i motsetning til ”burde forstått”, taler det for at kravet legger føring på objektiv vurdering av når egenkapitalen faktisk ble for lav. Av samme grunn kan heller ikke det tredje alternativet være riktig. Hvorvidt styret burde forstått at egenkapitalen var uforsvarlig er uansett en del av uaktsomhetsvurderingen, og dette taler for at ”må antas” derfor må tolkes som en objektiv vurdering.

Forarbeidene legger tilsynelatende det andre alternativet til grunn når det uttales:

²²² NOU 1992:29 s. 39, jf. NOU 1996:3 s. 146

²²³ Løvdal (2003) s. 504

”Speilbildet av dette er at selskapets ledelse under sin forvaltning av selskapet, blir klar over at egenkapitalen i selskapet er blitt lavere enn forsvarlig, ut fra virksomhetens omfang og risiko. Etter utvalgets syn er det først og fremst en slik antakelse fra styrets side som bør utløse aktivitetsplikt for styret”.²²⁴

At uttalelsene skal tolkes slik at handleplikten ikke inntre før styret faktisk blir klar over situasjonen, gir imidlertid en dårlig regel. I så fall ville et styre som forsømte sine tilsynsplikter, og derfor aldri ble klar over den manglende egenkapitalen, ikke kunne bli holdt ansvarlig.

”Må antas” viser derfor til en vurdering av når egenkapitalen objektivt sett var for lav. Deretter blir det eventuelt et spørsmål om det var klandreverdig at styret ikke fikk kunnskap om dette før senere.

Ofte kan tiden rundt avleggelsen av årsregnskapet bringe slike forhold på det rene, men styret har likevel som utgangspunkt plikt til å holde et kontinuerlig øye på selskapets finansielle situasjon, jf. asl. § 6-12 tredje ledd, jf. § 3-4.

Konklusjonen blir derfor at handleplikten inntre på det tidspunkt hvor det beviselig kan konstateres at egenkapitalen er uforsvarlig, eller under halvparten av aksjekapitalen.

5.2.2 Når opphører handleplikten?

Handleplikten opphører dersom det inntre forhold som gjør at egenkapitalen igjen kommer på et forsvarlig nivå, eller over halvparten av aksjekapitalen, enten dette skyldes eksterne eller interne årsaker. Eksempel på sistnevnte er tiltak foreslått og gjennomført av styret, enten før eller etter generalforsamlingsbehandling.

²²⁴ NOU 1996:3 s. 44

5.2.3 Styret skal straks behandle saken

Etter ordlyden skal styret ”straks behandle saken”. ”Straks” i motsetning til for eksempel ”uten unødig opphold” innebærer at styret må ta saken til behandling uten forsinkelse. Ordlyden gir således ikke rom for noen vurdering av om det forelå gode grunner til å utsette styremøtet.²²⁵

5.2.4 Innholdet i saksbehandlingsplikten

Når styret ”skal behandle saken”, blir det en problemstilling hva denne saksbehandlingsplikten innebærer.

Aksjelovgruppen fremla forslag om at styret skulle ha en plikt til å utarbeide en mellombalanse, herunder en resultat-, balanse- og kontant-strøm-analyse utenom årsregnskapet, men dette ble ikke videreført. Holdningen i høringsinstansen var at en slik løsning ble for kostbar og tidkrevende.²²⁶ Departementet viste til høringen, og tilla som en generell kommentar at regelen fremstod som lite fleksibel og at den ville ramme uforholdsmessig hardt.²²⁷

Ut fra ordlyden i asl. § 3-5 skulle styrets plikt tilsynelatende være begrenset til å behandle saken, varsle generalforsamlingen og gi en redegjørelse for denne, eventuelt med forslag til tiltak. Også forarbeidene begrenser styrets saksbehandling til dette.²²⁸ Det blir derfor en problemstilling om styret også kan, eller skal iverksette egne tiltak.

Aarbakke med flere hevder at styret også skal søke å avhjelpe situasjonen som en del av saksbehandlingsplikten, eksempelvis med tiltak som kan redusere selskapets

²²⁵ Christie (2001) s. 225

²²⁶ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 69

²²⁷ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 74

²²⁸ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52-55

forpliktelser.²²⁹ Tiltakene må imidlertid ligge innenfor styrets alminnelige kompetanse, og således ikke være avhengige av generalforsamlingens godkjenning. I tillegg må det være tiltak som kan settes i gang ”innen rimelig tid”. Er tidsperspektivet lenger enn dette, må saken fremlegges for generalforsamlingen, selv om tiltakene for øvrig er innenfor styrets kompetanse. Bestemmelsen setter således en grense for hvor lenge styret kan handle på egenhånd, og unnlate å informere generalforsamlingen om selskapets økonomiske problemer.²³⁰

Begrunnelsen for at styret har en plikt utover det som umiddelbart følger av ordlyd og forarbeider, er at dette vil være en forlengelse av styrets generelle forvaltningsplikt etter asl. § 6-12. Dette gir etter min mening en god løsning. Lovgiver har gitt styret en meget vidtgående kompetanse i asl. § 6-12, og når selskapet først går dårlig er det derfor lite heldig om styret må utsette eventuelle tiltak for å vente på generalforsamlingsbeslutning.²³¹

Konklusjonen blir derfor at styret har rett og plikt til å iverksette egne tiltak for å bedre selskapets økonomi, forutsatt at disse faller innenfor styrets alminnelige kompetanse.

5.2.5 Innkalling til generalforsamlingen

5.2.5.1 Innledning

Styret skal kalle inn til generalforsamling ”innen rimelig tid”, jf. asl. § 3-5 første ledd, annet punktum. Der skal det gis en redegjørelse for selskapets stilling, og foreslås tiltak som kan øke egenkapitalen. Bakgrunnen for regelen er at en slik vanskelig situasjon bør meddeles selskapets eiere.²³² Generalforsamlingen skal informeres, slik at denne kan ta standpunkt til situasjonen.

²²⁹ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 186

²³⁰ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 186

²³¹ Se avsnitt 3.2.1

²³² NOU 1996:3 s. 44 og 147

Innkallingen må følge de regler som gjelder for innkalling i asl. § 5-6 første ledd, og § 5-8 første ledd. Videre må de saker som skal behandles bestemt fremgå av innkallingen, jf. asl. § 5-10 tredje ledd, 1. punktum

Dersom styret selv kan sette i verk tiltak for å bedre situasjonen, blir det et spørsmål om plikten til å innkalle til generalforsamling likevel består.

Ut fra at hensynet bak regelen er å informere aksjonærene, bør dette kanskje besvares med ja. På den annen side vil hensynet til selskapet tale i motsatt retning. Å innkalle til generalforsamling medfører en kostnad i seg selv, og dette er midler som selskapet ut fra sin situasjon kan anvende på en bedre måte. Verken selskapet eller dets kreditorer er tjent med en generalforsamling hvis utfall er å beslutte tiltak styret selv kunne iverksatt. Det kan også ha negative konsekvenser for selskapet dersom det blir kjent at det avholdes ekstraordinær generalforsamling som følge av selskapets økonomiske situasjon.²³³

Konklusjonen blir derfor at det ikke er nødvendig med innkalling dersom styret innenfor sin myndighet kan lykkes med egne tiltak for å bedre egenkapitalen. Tilsvarende må gjelde dersom situasjonen bedrer seg på grunn av eksterne årsaker, for eksempel oppsving i markedet.

5.2.5.2 Nærmere om fristen "innen rimelig tid"

Hva som skal anses for "rimelig tid" følger ikke av selve bestemmelsen. Det er imidlertid uttalt i forarbeidene at styret skal innrømmes tilstrekkelig tid til å få oversikt over situasjonen, og vurdere eventuelle tiltak.²³⁴ Forhandlinger om eksterne finansieringsløsninger kan eksempelvis avhenge av konfidensialitet, noe som kan gjøre det hensiktsmessig å avvente generalforsamlingen til forhandlingene er sluttført.²³⁵

²³³ Bråthen (2001)a s. 10-11

²³⁴ NOU 1996: 3 s. 146

²³⁵ Tore Bråthen *Kommentar til aksjeloven* note 278 og Bråthen (2001)a s. 12

For alternativet at egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen har allmennaksjeloven en maksimalfrist på 6 måneder. Denne særlige fristen er imidlertid en følge av forpliktelser etter annet selskapsdirektiv art. 17 som ikke gjelder for aksjeselskaper.²³⁶ Det må kunne legges til grunn at denne fristen i det minste kan ses på som en maksimalfrist, også for aksjeloven.

5.2.6 Redegjørelse for generalforsamlingen

Styret skal utarbeide en redegjørelse rettet mot generalforsamlingen som kaster lys over selskapets økonomiske situasjon. En problemstilling blir dermed hva en slik redegjørelse skal inneholde.

Noen nærmere krav til innholdet av redegjørelsen følger ikke av asl. § 3-5, men etter forarbeidene skal i hvert fall årsaken til underskuddet, samt selskapets fremtidsutsikter omfattes.²³⁷ Hva gjelder selskapets fremtidsutsikter, bør dette normalt inkludere en omtale av konsekvensene av underskuddet, den seneste økonomiske utviklingen, forventet tap i nærmeste fremtid, samt konkrete tiltak og konsekvensene av disse.²³⁸ Hensynet til aksjonærene tilsier at redegjørelsen også bør inneholde informasjon om muligheten for at aksjonærene kan bli holdt ansvarlige for sin beslutning.²³⁹

Ut fra bestemmelsens formål, må det være et minimumskrav at redegjørelsen inneholder tiltrekkelig informasjon til at generalforsamlingen får et fullstendig, og beskrivende bilde av de forhold som har ledet til den økonomiske krisen. Styret bør derfor fremlegge grunnlaget det bygger sine vurderinger på, for eksempel kontrollbalanse og revisjonsberetning. Dersom særlige grunner taler for det, kan styret unnta detaljer i

²³⁶ Kapitaldirektivet 77/91/EØF

²³⁷ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 173

²³⁸ Bråthen (2001)a s. 11

²³⁹ Christie (2001) s. 227

regnskapet fra generalforsamlingens innsyn, eksempelvis de marginer selskapet opererer med som kan være kunde- og konkurrentsensitiv informasjon.²⁴⁰

Formålet er å gi aksjonærene informasjon for å fatte beslutninger, og ivareta sine eierinteresser. Det kan neppe legges til grunn at redegjørelse etter asl. § 3-5 skal fungere som grunnlag for investorenes vurdering om å kjøpe eller selge aksjer i selskapet, ei heller for eksisterende og potensielle kreditorer til å vurdere selskapets økonomi før de eventuelt gir kreditt.²⁴¹

5.2.7 Foreslå tiltak for å bedre økonomien

Styret skal for generalforsamlingen foreslå tiltak det selv ikke er tilstrekkelig kompetent til å gjennomføre, eller som for øvrig er under styrets myndighetsområde, men hvor det er mest formålstjenelig å operere med et lengre tidsperspektiv enn fristen i asl. § 3-5 tillater.²⁴² Forutsetningen for alle tiltak er at disse må være egnet til å få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå.

Plikten til å foreslå tiltak slår imidlertid noe forskjellig ut alt ettersom egenkapitalen ikke holder et forsvarlig nivå, eller er under halvparten av aksjekapitalen, se neste avsnitt.

Aktuelle tiltak kan være tilførsel av ny egenkapital (evt. i kombinasjon med kapitalnedsettelse), fusjon, fisjon og omlegging eller rasjonalisering av selskapets virksomhet som krever vedtektsendring. Ved tilførsel av ny egenkapital vil reglene om kapitalforhøyelse gjelde tilsvarende. Skal det skje en kapitalforhøyelse må styret fremme et begrunnet forslag. Generalforsamlingens vedtak om endring av aksjekapitalen må videre

²⁴⁰ Løvdal (2003) s. 512-513

²⁴¹ Løvdal (2003) s. 517

²⁴² *Aksjeloven og allmennaksjeloven - kommentarutgave* (2004) s. 186

meldes til Foretaksregisteret. Videre kan aksjonærene yte tilskudd som ikke gir aksjonærrettigheter, herunder ansvarlige lån.²⁴³

Dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i bestemmelsens første ledd, kan handleplikten i asl. § 3-5 også innebære plikt til å foreslå selskapets oppløst, jf. annet ledd. Dette gjelder også dersom det viser seg at de foreslåtte tiltak ikke lar seg gjennomføre, eller slår feil.

5.3 Særlig om handleplikten når egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig

For alternativet om uforsvarlig lav egenkapital vil det som allerede er sagt over være beskrivende. Styrets kompetanse til å selv sette i verk tiltak som kan bedre situasjonen har særlig betydning her, så lenge det er snakk om tiltak innenfor rammene av styrets myndighet. Formålet med tiltakene er forutsetningsvis å bringe egenkapitalen tilbake til forsvarlig nivå.

5.4 Særlig om handleplikten når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen

5.4.1 Innledning

Det andre alternativet som utløser styrets handleplikt følger av asl. § 3-5 første ledd, tredje punktum, når egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Alternativet utgjør således en separat vurdering, og vurderingstemaet kan her forankres i mer objektive faktorer enn hva som følger av ”forsvarlig egenkapital”.

Det er også her den reelle egenkapitalen som skal være grunnlag for vurderingen.²⁴⁴

²⁴³ Bråthen (2001)a s. 11. For en bredere fremstilling av de ulike tiltaksalternativer, se Løvdal (2003) s. 518-525

²⁴⁴ Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 54, jf. s. 52

5.4.2 Aksjekapitalbegrepet

Aksjekapitalen skal etter asl. § 3-1, første ledd utgjøre minst 100 000 kroner. For allmennaksjeselskaper er den tilsvarende grensen på 1 million kroner, jf. asl. § 3-1, første ledd. Formålet med regelen er å pålegge aksjonærene å bidra med en viss sum til selskapet. Selskapets krav på aksjeinnskudd fra aksjonærene oppstår ved selskapets stiftelse, og det er disse innskuddene som til sammen utgjør aksjekapitalen. Dette minimumsbeløpet skal angis i tegningsdokumentet, jf. asl. § 2-9.

5.4.3 Plikten til å foreslå tiltak når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen

Når egenkapitalen er redusert til mindre enn halvparten av aksjekapitalen, reiser dette særlige og andre spørsmål enn når egenkapitalen ikke holder et forsvarlig nivå.

En løsning kunne tilsynelatende være å sette ned aksjekapitalen slik at egenkapitalen ikke lenger utgjør halvparten av denne. Dette vil imidlertid ikke være tilstrekkelig for å unngå ansvar. Her vil kravet i asl. § 3-4 komme inn som en begrensning.²⁴⁵ Skulle det motsatte legges til grunn ville aksjekapitalen i mange selskaper antagelig vært begrenset.²⁴⁶ Når kapitalbeskyttelse er et sentralt hensyn bak asl. §§ 3-4 og 3-5, må løsningen være klar.

For dette egenkapitalalternativet blir det en problemstilling om det er tilstrekkelig at egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, eller om den også må være uforsvarlig for at plikten til å innkalle til generalforsamling, samt plikten til å foreslå tiltak vil inntre. Det kan synes noe kunstig å pålegge en plikt til å foreslå forebyggende eller gjenopprettende tiltak, dersom styret likevel mener at egenkapitalen er på et forsvarlig nivå.²⁴⁷

²⁴⁵ NOU 1992:29 s. 40 og s. 85-86

²⁴⁶ Christie (2001) s. 229-230 og Bråthen (2006) s. 34

²⁴⁷ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 187-188

Det følger av NOU 1996:3 s. 147, at Aksjelovutvalget var i tvil om det forelå tilstrekkelig grunnlag for å tilknytte en aktivitetsplikt også til den formelle aksjekapitalen.²⁴⁸ Utvalget fant likevel hensynet til kreditorene og aksjeeierne så tungtveiende at en slik plikt også skulle tilknyttes aksjekapitalen, da det er viktig at aksjeeierne blir forelagt situasjonen. Utvalget påpekte videre at denne handlingsplikten ikke er overlatt til styrets skjønn i like stor grad som forsvarlighetsvurderingen. Og videre: ”I alle tilfeller går styrets plikt som nevnt ikke lenger enn til å forelegge saken for generalforsamlingen”.

Etter Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 54-55 er det imidlertid ikke som utgangspunkt plass til en helhetsvurdering om egenkapitalen likevel er forsvarlig, dersom det først er konstatert at denne er under halvparten av aksjekapitalen. Styret skal uansett innkalle til generalforsamling. Det uttales imidlertid også at ”En annen sak er at styret i sitt forslag til generalforsamlingen kan bygge på en slik helhetsvurdering som nevnt”.

Etter dette fremstår det som mest nærliggende å trekke den slutning at plikten til å foreslå tiltak når egenkapitalen er lavere enn halve aksjekapitalen, bare inntreffer dersom egenkapitalen også må betegnes som uforsvarlig lav. Er egenkapitalen lavere enn halve aksjekapitalen må styret følgelig innkalle til generalforsamling og gi sin vurdering. Skulle styret likevel finne egenkapitalen forsvarlig, foreligger ingen plikt til også å komme med konkrete tiltak for å gjenopprette forholdet mellom egenkapital og aksjekapital.²⁴⁹

I Justisdepartementets høringsbrev 28. juni 2004, blir asl. § 3-5 foreslått endret for at dette skal fremstå som klarere.²⁵⁰ Dette er også fulgt opp i Ot. prp nr. 55 (2005-2006) s. 162 hvor det uttales:

”Formålet med endringsforslaget er å gjøre det klart at i tilfeller hvor grunnlaget for styrets handleplikt er at det er grunn til å anta at egenkapitalen har blitt mindre enn halve aksjekapitalen, skal siktemålet med de tiltak som styret skal foreslå etter nåværende annet punktum, være å gi

²⁴⁸ Se også uttalelser på s. 43-44

²⁴⁹ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 187-188

²⁵⁰ Snr. 200405676EP

selskapet en forsvarlig egenkapital. Dersom egenkapitalen allerede må anses forsvarlig, vil det ikke være nødvendig for styret å foreslå tiltak”.

Endringsloven fra 2006 medførte at ordlyden ble noe klarere med hensyn til at plikten til å foreslå tiltak bare foreligger dersom egenkapitalen er uforsvarlig.²⁵¹

Konklusjonen blir derfor at dersom egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, vil styret ha en plikt til å innkalle til generalforsamling og gi en redegjørelse til denne, men plikten til å foreslå tiltak vil bare foreligge dersom egenkapitalen samtidig er uforsvarlig.

5.5 Oppsummering

Av de foregående drøftelser følger det at asl. § 3-5 pålegger styret plikter på ulike tidspunkter, av hensyn til ulike interesser. Forutsetningen for at handleplikten skal inntre er at egenkapitalen enten er uforsvarlig, eller under halvparten av aksjekapitalen.

For det første vil styret ha en plikt til å straks behandle saken dersom det kommer for en dag at selskapet har økonomiske problemer. Styret kan også sette i verk tiltak for å bedre situasjonen, men kun innenfor eget kompetanseområde, og innen ”innen rimelig tid” med hensyn til generalforsamlingsinnkalling. Regelen tar hensyn til selskapet ved at det kan handles raskt fra styrets side når situasjonen krever det.

For det annet har styret plikt til å innkalle til generalforsamling, og dette gjelder uansett hvilket av egenkapitalalternativene som foreligger. Begrunnelsen er at aksjonærene har krav på å få vite det dersom selskapet nærmer seg, eller er i økonomisk krise. Plikten til å foreslå tiltak inntre imidlertid ikke dersom egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, men styret likevel finner den ”forsvarlig” etter asl. § 3-4.

²⁵¹ Lov 2006-12-15 nr. 88

Har styret gjennomført sine plikter etter asl. § 3-5 er handleplikten oppfylt, og det er opp til generalforsamlingen å bestemme om noe skal gjøres, og eventuelt hva. Dersom tiltakene ikke lykkes, kan styret ha en plikt til å kreve selskapet oppløst, jf. asl. § 3-5, annet ledd. Også oppbudsplikten kan gjøre seg gjeldende her, se neste kapittel.

6 Styrets oppbudsplikt

6.1 Innledning

Det følger av asl. § 3-5 annet ledd, at styret plikter å foreslå selskapet oppløst i to situasjoner som begge viser til vilkårene i første ledd. For det første at styret ikke finner grunnlag for å fremme forslag om tiltak, og for det annet at eventuelle tiltak ikke lar seg gjennomføre. Sistnevnte kan være fordi tiltakene i praksis er ugjennomførbare, eller at generalforsamlingen stemmer imot.

Beslutning om oppløsning treffes av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring, jfr. asl. § 16-1. Dette kalles frivillig oppløsning, og skjer etter reglene i asl. Kap.16. Dersom selskapet er insolvent, forutsetter slik oppløsning at alle kreditorene samtykker. Foreligger ikke slikt samtykke, får ikke reglene anvendelse da oppløsning er betinget av at selskapets forpliktelser dekkes.²⁵² Tvangsoppløsning kan skje etter kjennelse av tingretten (asl. §16-15) eller ved dom (asl. §16-19). I slike tilfeller virker oppløsning som en sanksjon mot pliktbrudd fra selskapets side.²⁵³ Her får reglene i konkursloven og dekningsloven (dekn.l.) anvendelse, jf. asl. § 16-18.

Alternativet til oppløsning er å begjære gjelds- eller konkursbehandling, forutsatt at selskapet er insolvent. Oppbud begjæres etter reglene i konkursloven, og innebærer at selskapet tas under konkursbehandling av tingretten, jf. kkl. § 2.

²⁵² *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 888-889, Andenæs (2006) s. 625-626

²⁵³ *Aksjeloven og allmennaksjeloven -kommentarutgave* (2004) s. 883

Det foreligger ingen direkte hjemmel for oppbudsplikten i aksjelovene. Unnlatt oppbud er imidlertid straffesanksjonert i strl. § 284 (tidligere 283a). Det er antatt i både teori og praksis at denne straffebestemmelsen også hjemler et erstatningsansvar.²⁵⁴ Et slikt ansvar vil inntre på et tidligere tidspunkt enn straffansvaret. Straffansvaret vil ikke behandles inngående, men vil bli kommentert der det er relevant for drøftelsen av den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten.

6.2 Myndigheten til å begjære oppbud

Problemstillingen i det følgende er hvem som kan begjære oppbud, herunder om styret kan gjøre dette uavhengig av generalforsamlingen.

Det følger av asl. § 6-18 at begjæring om gjeldsforhandling, eller konkursbehandling for selskapet bare kan fremsettes av styret. Dette taler for at begjæring om oppbud er forbeholdt styret. At generalforsamlingens samtykke ikke er nødvendig, følger også av forarbeidene.²⁵⁵ Når plikten til å begjære oppbud påhviler styret, vil vurderingen av om oppbudsplikten har inntrådt nødvendigvis også måtte foretas av styret.

For å treffe vedtak om oppbudsbegjæring må styret være beslutningsdyktig, jf. asl. § 6-24 første ledd, og LB-2008-187411. Rett til å tegne selskapets firma etter asl. § 6-31 gir derfor ingen rett til å begjære oppbud for selskapet.²⁵⁶

Konklusjonen blir derfor at oppbudsplikten er forbeholdt styret, både når det gjelder vurdering og gjennomføring.

²⁵⁴ Aarum (1994) s. 497 og eksempelvis LA 2007-37537 og LB-2008-704. Se også uttalelse fra forarbeidene til 1976-loven, Ot. prp. nr. 19 (1974-1975) s. 16, om at styret kan holdes ansvarlig for å drive underfinansiert selskap.

²⁵⁵ NOU 1996:3 s. 140

²⁵⁶ *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave* (2004) s. 520

6.3 Når inntre oppbudsplikten?

Erstatningsansvaret for forsømt oppbudsplikt vil som nevnt inntre før de objektive straffbarhetsvilkårene etter strl. § 284 er oppfylt. Straffansvar er en tyngende sanksjon overfor skadevolder, og i tillegg er hensynet til kreditorene bedre ivaretatt ved en erstatningssanksjon.²⁵⁷ Problemstillingen i det følgende blir derfor når oppbudsplikten inntre.

Oppbudsplikten kan inntre dersom styrets tiltak etter asl. § 3-5 ikke medfører noen bedring for selskapets økonomi, slik at det blir insolvent. Noen ubetinget plikt til å begjære konkurs straks selskapet er blitt insolvent foreligger likevel ikke, men erstatningsansvar må i alle tilfeller kunne ilegges dersom vilkårene for straffansvar etter strl. § 284 er oppfylt.²⁵⁸ Drøftelsen av erstatningsansvaret nødvendiggjør derfor en behandling av vilkårene for straffansvar.

Strl. § 284 tilsvarende tidligere § 283a, og har en annen ordlyd på grunn av tilpasningen til det generelle skyldkravet, men innebærer ingen realitetsendring fra tidligere.²⁵⁹ Rettskilder tilknyttet den tidligere bestemmelsen vil derfor fortsatt være relevante.

Insolvens er et nødvendig vilkår etter strl. § 284, men ikke tilstrekkelig for å ilegge straffansvar. Definisjonen på insolvens følger av kkl. §§ 60 og 61. Selskapet må være illikvid og insuffisient, og betalingsudyktigheten må ikke være av forbigående art.

I tillegg til insolvens må to alternative vilkår være oppfylt: Enten må unnlatelsen medføre at en disposisjon eller et utlegg ikke kan omstøtes, og dette forringer fordringshavernes dekningsmuligheter betydelig, eller så må skyldnerens næringsvirksomhet klart gå med tap, slik at skylderen må innse at fordringshaverne ikke vil få oppgjør innen rimelig tid.

²⁵⁷ Aarum (1994) s. 497

²⁵⁸ Aarum (1994) s. 496 med henvisninger

²⁵⁹ Ot. prp. nr. 37 (2003-2004) s. 75-76

Hvorvidt det første handlingsalternativet får anvendelse, vil bero på fristreglene for omstøtelse i dekl. § 5-10. Dersom konkurs begjæres, vil det i tillegg ha betydning når fristdagen er, da dette er utgangspunktet for omstøtelsesfristen i konkurs, jf. dekl. § 1-2. Alternativet fremstår imidlertid som lite egnet til å fastslå når den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten inntre. En vurdering av oppbudsplikten vil i større grad knytte seg til selskapets økonomiske stilling som sådan, slik litra b viser til, enn hvilke disposisjoner som unntas fra omstøtelse når oppbud ikke begjæres rettidig.

For det andre handlingsalternativet er det et krav at skyldnerens næringsvirksomhet må ”klart gå med tap”. Dette er en bevisregel i tillegg til et materielt krav. Det må være tale om et ikke ubetydelig underskudd for at oppbudsplikten skal inntre. Dette stemmer best overens med at bestemmelsen var ment til kun å ramme de ”håpløse” tilfellene.²⁶⁰ For å trekke grensen mot de tilfellene hvor det kan være en berettiget forventning om en bedret økonomisk stilling i fremtiden, oppstiller bestemmelsen et tilleggsvilkår om at skyldneren må innse at fordringshaverne ikke vil få dekning ”innen rimelig tid”.²⁶¹ Se mer om fristen i neste avsnitt.

Konklusjonen er at den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten inntre senest når selskapet er insolvent i tillegg til å gå med et ikke ubetydelig tap, og det ikke foreligger utsikter til en bedring av økonomien som vil gi fordringshaverne dekning innen rimelig tid.

6.4 Nærmere om fristen ”innen rimelig tid”

6.4.1 Innledning

Det følger av strl. § 284 at oppbud skal begjæres dersom fordringshaverne ikke vil få dekning ”innen rimelig tid”. Problemstillingen i det følgende blir derfor hvilke kriterier som inngår i vurderingen av om fristen er oppfylt.

²⁶⁰ NOU 1972:20 s. 368

²⁶¹ NOU 1972:20 s. 368-369

Ordlyden i strl. § 284 gir ingen veiledning i hvordan fristen skal fastsettes. Begrepet ”innen rimelig tid” er vidt, antagelig for å passe i flere ulike situasjoner. Hva som er ”rimelig” må nødvendigvis vurderes i det konkrete tilfellet. Relevante faktorer kan være forhold i bransjen, for eksempel sesong- eller kurssvingninger. Videre kan arten av virksomheten spille en rolle, herunder størrelsen på omsetningen, forholdet til bankene og aksjonærenes holdninger.²⁶²

I og med at det i vilkåret om insolvens allerede er tatt hensyn til forbigående betalingsudyktighet, vil ”innen rimelig tid” gå utover dette. Det må foreligge et realistisk håp om bedring, og dette må bygge på objektive og etterprøvbare faktorer.²⁶³ Retningsgivende vil være, som nevnt over, at lovgivers mening med bestemmelsen er at den kun skal ramme de håpløse tilfellene.

Det er imidlertid viktig at regelen ikke tolkes for strengt. Selv om oppbudsplikten har sin bakgrunn i hensynet til kreditorene, vil det heller ikke være i kreditorenes interesse at selskapet begjærer oppbud for tidlig dersom ytterligere inntekter kan genereres ved fortsatt drift, og dermed medføre at flere kreditorer får dekning.

Et eksempel kan hentes fra LE-1992-123, hvor selskapets konkursbo saksøkte styreformann og styremedlem for unnlatelse av å begjære oppbud på et tidligere tidspunkt. Retten fant at de saksøkte styremedlemmene hadde foretatt en lojal bedømmelse av selskapets inntjeningsmuligheter. Etter deres vurdering på det konkrete tidspunktet, ville fortsatt drift i beste fall gi mulighet for full dekning til uprioriterte kreditorer. Hadde selskapet blitt slått konkurs umiddelbart, ville en sentral ordre blitt kansellert. Dette ville gitt et betydelig tap, mens en fullføring av kontrakten ville gitt netto likviditetsbidrag. Det ble derfor ikke ilagt erstatningsansvar for uaktsom unnlatelse av å begjære oppbud.

²⁶² Thorsen (2006) s. 230

²⁶³ Thorsen (2006) s. 231

6.4.2 Styrets handlemåte og dens betydning for fristen

Hvorvidt fristen er oversittet, vil i noen grad måtte bero på hva styret foretar seg i tiden frem til oppbud begjæres. Dersom styret forholder seg passivt etter at det fikk kunnskap om selskapets økonomiske situasjon, vil tidsrommet som utgjør ”rimelig tid” nødvendigvis bli kortere.

Støtte for dette finnes i LB-2008-704 (Stenbergdommen). Saken gjaldt erstatningskrav fremmet av kreditor mot styrelederen i selskapet. Grunnlaget for kravet var angivelig forsømmelse av den alminnelige forvaltningsplikten, og unnlattelse av å begjære oppbud i tide. Selskapet hadde vært insolvent fra årsskiftet 05/06, men begjæring om oppbud ble ikke gitt før oktober 2006. Et spørsmål for lagmannsretten ble derfor om det var uaktsomt av styreleder å ikke begjære oppbud på et tidligere tidspunkt. Dette ble besvart benektende.

Etter å ha redegjort for faktum i det aktuelle tidsrommet, viser lagmannsretten til juridisk teori og konstaterer at videre drift i insolvent selskap som utgangspunkt er risikabelt. Situasjonen bærer preg av en konflikt mellom ulike interesser, herunder kreditorenes utsikter til dekning på den ene side, og ansatte og eieres håp om redning på den annen. Videre vises det til Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper* (1994) side 500:

”Det er umulig å angi en eksakt frist for hvor lang tid styret bør få å områ seg på. Tidsrommet må avhenge av omstendighetene i det konkrete tilfellet. Rettsstridsvurderingen må foretas ut fra forholdene slik de fremsto på det aktuelle tidspunkt. Det bør gis rom for en viss optimisme, men denne må ha grunnlag i konkrete forhold. En generell optimisme hos styret er ikke tilstrekkelig. Foreligger særlige holdepunkter, bør en utsettelse på noen måneder etter at selskapet er blitt insolvent ikke være for mye. Dette kan være nødvendig dersom styret skal gis en reell mulighet for å snu den uheldige utviklingen”.

Lagmannsretten konstaterer videre at de ni og en halv månedene det var tale om i denne saken, som utgangspunkt fremstod som en del mer enn ”noen måneder” slik det følger av det nevnte sitatet. Vurderingstemaet ble derfor om det i den konkrete saken forelå

omstendigheter som kunne forsvare at oppbud ikke ble begjært tidligere, herunder om videre drift var realistisk, og ikke en uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning.

Styreleder hadde i saken inngått i forhandlinger med potensielle investorer i tillegg til selskapets største kreditorer. Lagmannsretten anså dette som et sterkt argument for at styreleder hadde vært aktsom, og håpet om videre drift ble heller ikke funnet å ha vært urealistisk. Det forelå nok en ikke helt ubetydelig optimisme, men aktørene i forhandlingene og hvordan disse hadde foregått, gjorde at beslutningen ble ansett for å være i samsvar med adekvate forretningsmessige vurderinger. Det ble tillagt vekt at forhandlingene fant sted fortløpende i den aktuelle perioden, og at oppbud ble begjært da siste forsøk viste seg å være forgjeves. Et annet viktig moment var at videre drift ikke forverret selskapets økonomi ytterligere. Egenkapitalsituasjonen forble uendret, men ved å sette i verk ulike tiltak gikk driften fra underskudd til å gå i null. Det var ingen indikasjoner på at styreleder passivt hadde latt driften gå sin gang.

Av dette kan det utledes at dersom selskapet inngår i forhandlinger med sine kreditorer vil det forskyve fristen, forutsatt at det ligger en realistisk forretningsmessig vurdering til grunn for dette. Videre vil forhandlinger som foregår jevnlig i perioden, tale for at situasjonen har blitt forsvarlig håndtert. Dette kan tolkes som et krav om at en forskyvning av fristen forutsetter at det jobbes kontinuerlig med saken, herunder at styret ikke forholder seg passivt, selv ikke i korte perioder. Av vesentlig betydning må det være at videre drift ikke medfører noe ytterligere tap, da forverres ikke kreditorenes dekningsmuligheter.²⁶⁴ Motsetningsvis, dersom bedriften går med store underskudd i perioden vil det innebære at det skal mindre til før fristen er oversittet.

Selv om styret har vilje til å prøve å redde selskapet, forutsetter en forskyvning av fristen at beslutningen om å drive videre er et resultat av en realistisk forretningsmessig helhetsvurdering av selskapets økonomi. Dersom styret setter i gang mer eller mindre

²⁶⁴ Aarum (1994) s. 497

vilkårlige tiltak, uten en slik vurdering, får det omtrent samme virkning som om styret hadde forholdt seg passivt.

Et eksempel i dette henseende er RG-2007-1625 (Bømmeløy Hotell drift). Saken gjaldt et aksjeselskap som hadde hatt store underskudd og egenkapitalen var tapt, men som likevel ble drevet videre inntil oppbud ble begjært og konkurs åpnet. Boet saksøkte styrets medlemmer med krav om erstatning, og fikk medhold.

Det forelå ingen indikasjoner på at styret i sammenheng med den stadig dårligere økonomien hadde gjort en samlet, og forsvarlig vurdering av om driften i det hele tatt kunne fortsette. Det var skutt midler inn i selskapet, men bare til dekning av forpliktelser som måtte dekkes, ikke til en nødvendig styrking av egenkapitalen. En kritisk gjennomgang av selskapet ville vist at det ikke var grunnlag for videre drift. Håpet om en bedring av situasjonen når julebordsesongen begynte fremstod som helt urealistisk. Det forelå et betydelig akkumulert underskudd, og det var fortsatt et stykke frem til nevnte julebordsesong som styret festet sin lit til. Det kan synes som om styret i denne saken ikke hadde tilstrekkelig evne til å skaffe seg den oversikt over økonomien som selskapets situasjon nødvendiggjorde, og dette ble tillagt stor vekt i lagmannsrettens uaktsomhetsvurdering. Styret hadde ikke gjort noe for å kartlegge situasjonen, med den virkning at tiltakene heller ikke medførte noen forbedring, og 6 måneder var således en oversitting av fristen.

6.4.3 Selskapets tidligere økonomi og dens betydning for fristen

Problemstillingen i det følgende er om det kun er selskapets økonomi på avgjørelsestidspunktet som skal vektlegges, eller om selskapets tidligere økonomi også kan være relevant i forbindelse med fastsettelse av fristen ”innen rimelig tid”.

Det må legges til grunn at dersom selskapet lenge har gått dårlig før det endelig konstateres at egenkapitalen er tapt, tilsier det en relativt kort frist før oppbud begjæres.

Se i denne sammenheng LE-2004-16121, hvor lagmannsretten i tilknytning til spørsmålet om oppbud var begjært innen rimelig tid uttalte:

”I et tilfelle som det foreliggende, med en kapitalsvak og arbeidsintensiv virksomhet der gjeldsbyrden er betydelig, og der den løpende driften har vært tapsbringende hele året – fra januar til september- kan ikke ‘rimelig tid’ være særlig lang tid”.

Lagmannsretten kom derfor til at en og en halv måned fra tidspunktet hvor regnskapet forelå, og styret i alle tilfeller måtte sies å ha kunnskap om den håpløse situasjonen, til oppbud ble begjært, ikke var ”innen rimelig tid” etter da gjeldende strl. § 283a.

At selskapet hadde gått med underskudd over lang tid var også et moment i den ovennevnte dom om Bømmeløy Hotell drift.²⁶⁵

Konklusjonen blir derfor at selskapets tidligere økonomi er relevant dersom denne ga grunn til en skjerpet aktsomhet med hensyn til oppfølging fra styrets side.

6.4.4 Hva kan begrunne en aktsom optimisme hos styret?

6.4.4.1 Innledning

Som nevnt i avsnitt 6.4.2, vil ikke en generell optimisme hos styret være tilstrekkelig, men må ha grunnlag i konkrete omstendigheter for å forskyve fristen ”innen rimelig tid”. Det vil være av betydning for fristen om det foreligger et ikke urealistisk håp om bedring av situasjonen, uten at dette går på bekostning av kreditorerne. Styret må få en viss handlefrihet til å kjempe for at selskapet skal kunne fortsette sin drift, da det heller ikke er i kreditorernes interesse at plikten bedømmes for strengt, slik at oppbud begjæres for tidlig.

Gomard uttrykker dette som er vurdering om ”der er en rimelig chance for, at dette kan lykkes(...). Virksomhedsledelser i denne situation er blevet frifundet for ansvar, også i

²⁶⁵ RG 2007 s. 1625

tilfælde hvor håbet om, at selskapet kunne ride stormen af, måtte betegnes som spinkelt, men dog ikke helt urealistisk”.²⁶⁶

Beslutningen om å fortsette driften fremfor å begjære oppbud er imidlertid en forretningsmessig avgjørelse, som domstolene skal være forsiktige med å overprøve.²⁶⁷ Se i dette henseende LE-1992-123:

”Styremedlemmene Milford og Ropstad er – for så vidt av begge parter- beskrevet som dyktige forretningsmenn som har hatt og har ledende stillinger i betydelige bedrifter. Den kritikk som er rettet mot dem, går ikke på organisasjonen av selskapets virksomhet eller på uriktige eller mangelfulle retningslinjer for driften. Den går heller ikke på at styret har unnlatt å gjøre hva det pliktet. Kritikken gjelder selve vurderingen av om selskapet skulle fortsette, og om denne vurderingen har vært for optimistisk.

Retten finner at det i så komplekse forhold som man her står overfor, er vanskelig for utenforstående i ettertid å fastslå at det var erstatningsbetingende uaktsomt av styret ikke tidligere å gå til skifteretten. Som fremholdt i dom i Rt-1991-119 er en virksomhets ledelse berettiget til å kjempe for å unngå konkurs så lenge det er rimelig sjanse for å lykkes”.

Problemstillingen i følgende er hvilke konkrete omstendigheter som kan begrunne en aktsom optimisme hos selskapets styre.

6.4.4.2 En berettiget forventning om tilskudd

Spørsmålet i det følgende er om styrets forventning om at selskapet i fremtiden vil få et tilskudd av midler, kan medføre at en beslutning om fortsatt drift anses for forsvarlig.²⁶⁸

Se Rt. 1991 s. 119 (Normount) hvor Høyesterett fant at styremedlemmene nok hadde handlet ut fra en noe høy grad av optimisme, men at det likevel måtte sies å ha ligget en normal forretningsmessig vurdering til grunn for styrets beslutning om nok en reise. Blant

²⁶⁶ Gomard (2006) s. 477

²⁶⁷ Se avsnitt 4.5

²⁶⁸ Aarum (1994) s. 501-502

annet ble det tillagt vekt at styret hadde en berettiget forventning om tilskudd fra selskapets eiere. Denne var berettiget fordi det kunne legges til grunn at interessentene i selskapet var så innstilt på å opprettholde linjen at ytterligere kapital ville bli stilt til disposisjon, dersom det skulle være nødvendig. Videre var det et håp om at den forestående befraktning skulle gå med overskudd, og dermed snu den negative trenden.²⁶⁹

Det er imidlertid en forutsetning at et tilskudd faktisk vil bedre selskapets økonomiske situasjon. Følgelig må tilskuddet være tilstrekkelig, og det må gå til en styrking av egenkapitalen, og ikke til allerede forfalte krav.²⁷⁰

I LE-1998-556 skjøt selskapets styreleder og hovedaksjonær inn 25 000 dollar i ny aksjekapital, i tillegg til å overta bankens engasjement mot å betale 118 000 dollar. Dette fant imidlertid lagmannsretten at ikke var tilstrekkelig for å fastslå at selskapet ikke lenger var insolvent. Innbetalingen på 188 000 dollar var reelt sett kun et kreditorskifte, og medførte ingen andre driftsmessige besparelser enn sparte renter som styreformannen unnlot å beregne, noe han for øvrig var berettiget til.

Kravet om at tilskuddet må være tilstrekkelig ut fra selskapets økonomi, innebærer at kapitalbehovet må vurderes ut fra tidspunktet da avgjørelsen om tilskudd ble fattet. Dersom størrelsen på tilskuddet har grunnlag i en aktsom vurdering ut fra de konkrete forhold som da forelå, kan det ikke senere gjøres gjeldende at det ikke var tilstrekkelig. Se for eksempel THAUG-2008-89887 hvor tingretten uttalte:

”Retten legger til grunn at det for de saksøkte uansett fremstod som om kapitalbehovet ikke var større enn 2 millioner kroner for å få positiv egenkapital”.

En berettiget forventning om tilskudd som vil medføre en bedring av selskapets kapitalsituasjon, kan derfor begrunne en aktsom vurdering om fortsatt drift hos styret.

²⁶⁹ Dommen er nærmere behandlet i avsnitt 4.5.4

²⁷⁰ Se neste avsnitt

6.4.4.3 Tilførsel av egenkapital kontra dekning av forfalte forpliktelser

Dersom det skal gis tilførsel av midler i selskapet, er det en forutsetning at disse midlene går med til å styrke selskapets økonomi, herunder egenkapitalen, og ikke til dekning av allerede forfalte forpliktelser. Brukes midlene til sistnevnte, vil selskapet i like stor grad drives på kreditorenes regning. Dette kan også påberopes av et senere konkursbo som forfordeling av kreditorene, jf. dekl. § 5-5 eller § 5-9.

I RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy Hotell drift) la lagmannsretten til grunn at styret ikke hadde vurdert selskapets behov for å styrke egenkapitalen i tilstrekkelig omfang. Selv om betydelige midler hadde blitt skutt inn i selskapet, var det uten betydning i sammenheng med handleplikten i asl. § 3-5, jf. § 3-4. Dette må også være relevant i tilknytning til oppbudsplikten, da styrets tiltak uavhengig av hvilken plikt det dreier seg om, må være egnet til å bedre selskapets økonomi.

Innskuddene gikk med til regninger som måtte dekkes, uten en samtidig vurdering om hvorvidt driften overhodet kunne fortsette. Lagmannsretten uttalte:

”Slik forholdene lå an, kunne det ikke være tilstrekkelig å skyte inn midler suksessivt for å dekke regninger som *måtte* dekkes. Det måtte således vurderes hvilket samlet kapitalbehov selskapet hadde, og tas skritt for å dekke dette behovet inn, gjennom tilførsel av ytterligere egenkapital eller ansvarlige lån. Om de innskudd eller lån som ble gitt, *kan* karakteriseres som ansvarlige lån når det ikke fremkommer noe formelt omkring dette, er det ikke nødvendig for lagmannsretten på gå inn på. Poenget må være at innskuddene under enhver omstendighet ikke var tilstrekkelige”.

Innskudd med midler som går til dekning av forfalte forpliktelser kan derfor ikke begrunne en aktsom vurdering om fortsatt drift hos styret.

6.4.4.4 Refinansiering av gjeld

Et annet virkemiddel fra styrets side som kan forskyve fristen ”innen rimelig tid” er å inngå i forhandlinger om/gjennomføre refinansiering av selskapets eksisterende gjeld.

Refinansiering på gode vilkår kan gi selskapet likviditet igjen, og insolvensen og derfor også oppbudsplikten vil da ikke lenger gjøre seg gjeldende.

I LF-2004-987 (Devold tekstil) hadde styreleder jobbet med en plan for refinansiering av selskapet som ble lagt frem for resten av styret. Flertallet avviste imidlertid planene, hvilket igjen medførte umiddelbar betalingsstopp og forhandlinger med kreditorene.

Lagmannsretten la til grunn at selskapets likviditetsunderskudd ville vært av forbigående karakter dersom planen hadde blitt vedtatt i styret. Dette i tillegg til at det for styret forelå et realistisk grunnlag for fortsatt drift, gjorde at den tid det tok før det ble begjært oppbud ikke ble ansett som uaktsom drift på kreditorenes regning.

Forhandlinger om refinansiering av gjeld kan derfor begrunne en aktsom vurdering om fortsatt drift hos styret, og således forskyve fristen for når oppbud må begjæres.

6.4.4.5 Kostnadsreducerende tiltak

Reduksjon av kostnadene er nok noe av det første styret ser på når regnskapet vitner om en begynnende negativ trend. Kostnadsbesparelser alene vil imidlertid ikke nødvendigvis innebære at fristen utvides.

Som nevnt i avsnitt 6.4.4.3, ble det i dommen om Bømmeløy Hotelldrift ikke ansett tilstrekkelig å kun skyte inn midler i selskapet uten samtidig å foreta en helhetsvurdering av selskapets kapitalbehov.²⁷¹ Tilsvarende må også gjelde for kostnadsreducerende tiltak. Dersom disse gjennomføres i tillegg til en vurdering av, og etterfølgende innskudd av nødvendig kapital, taler det for at styret har handlet aktsomt.

I tillegg må det være en forutsetning at tiltaket faktisk er egnet til å spare kostnader. Vil tiltaket i seg selv medføre merkostnader må det vurderes nøye. Et tiltak vil bare betegnes

²⁷¹ RG 2007 s. 1625

som forsvarlig dersom det på sikt medfører større besparelser enn kostnadene som påløper ved gjennomføringen.

I LF-2004-987 (Devold tekstil) vedtok, og begynte styret på en flytting av hele virksomheten til Latvia. Konkursboet anførte at flyttingen medførte unødvendige belastninger i en allerede hardt prøvet økonomi, herunder et betydelig driftstap grunnet økte innkjøp og økt aktivitet for øvrig. Lagmannsretten fant imidlertid at det forelå en realistisk forutsetning om at det negative driftsresultatet ville snu etter flyttingen. Flyttingen ble derfor ansett som en realistisk plan for å sikre videre drift. I forlengelse av det jeg sa innledningsvis, var flyttingen videre en del av en større handlingsplan som også bestod av tilførsel av ytterligere kapital.

Kostnadsreducerende tiltak kan derfor begrunne en aktsom vurdering om fortsatt drift hos styret, men dette forutsetter at tiltaket er del av en helhetsvurdering med sikte på å bedre selskapets egenkapitalsituasjon.

6.4.4.6 Kan styremedlemmers subjektive meninger vedrørende fortsatt drift tillegges vekt i forsvarlighetsvurderingen?

Som nevnt tidligere, vil ikke en generell optimisme hos styret i seg selv være tilstrekkelig. For at fortsatt drift skal være forsvarlig, må det foreligge andre konkrete og objektive holdepunkter. Dette skulle følgelig tilsi at styremedlemmenes subjektive meninger om fortsatt drift ikke er relevant i denne sammenhengen.

Et spørsmål blir i så fall om subjektive meninger hos styret vedrørende fortsatt drift er et relevant moment i vurderingen om fortsatt drift var forsvarlig.

I Stenbergdommen ble det faktum at styreleder selv hadde skutt inn 4,5 millioner i selskapet tillagt vekt i form av en illustrasjon på et begrunnet håp om videre drift.²⁷² Dette legges også til grunn i THAUG-2008-89887 hvor tingretten uttalte:

”Kapitaltilførselen på 2 millioner kroner fra Tellefsen og Kolsnes er i seg selv et sterkt bevismoment i retning av at de hadde et begrunnet håp om å redde selskapet”.

Tilsvarende synspunkt var også påberopt fra ankende styreleder/daglig leders side i LE-2009-97686. Her hadde styreleder/daglig leder personlig kausjonert for selskapets kassakredittgjeld med til sammen 1,5 millioner kroner. Lagmannsretten tilla imidlertid ikke dette noen vekt da kausjonene uansett ikke var egnet til å bedre selskapets egenkapitalsituasjon, men isteden styrket bankens sikkerhet.

Etter min mening tar rettene i de to førstnevnte dommer feil når de tillegger kapitaltilførsel utført med grunnlag i subjektive meninger om fortsatt drift selvstendig vekt i aktsomhetsvurderingen. I Stenbergdommen var riktignok dette et moment blant flere som tilsa at styreleder hadde handlet aktsomt, men det trekkes likevel frem som selvstendig relevant. Det kan uansett ikke være et ”sterkt bevismoment” slik det følger av tingrettsdommen. Dette harmonerer i så fall dårlig med det som etter øvrig praksis og teori har vært utgangspunktet, at optimisme hos styret må kunne forsvares ut fra konkrete, objektive holdepunkter.

I LE-2009-97686 er styreleders kausjon gjenstand for en bredere vurdering, ikke kun begrenset til å konstatere at styreleder mente det var grunnlag for fortsatt drift. Lagmannsretten så på den konkrete handlingen, og hvorvidt denne var egnet til å bedre selskapets situasjon. Dette må være riktig fremgangsmåte etter min mening. Skal en kapitaltilførsel fra et styremedlem tillegges vekt, må dette være fordi tilførselen i seg selv

²⁷² LB-2008-704, dommen er nærmere behandlet i avsnitt 6.4.2

er egnet til å bedre selskapets stilling, ikke fordi den var motivert av styremedlemmets subjektive tro på selskapets fremtid.²⁷³

Konklusjonen blir derfor at styremedlemmers subjektive tro på selskapets fremtid ikke kan tillegges vekt i vurderingen av om fortsatt drift var forsvarlig.

6.4.5 Hensynet til arbeidsplassene som begrunnelse for fortsatt drift?

Spørsmålet i det følgende er om en beslutning om videre drift av hensyn til arbeidsplassene kan anses for forsvarlig, og dermed medføre en forskyvning av fristen ”innen rimelig tid”.

I større bedrifter kan virkningene av en nedleggelse for de ansatte, og også for lokalmiljøet, bli betydelige. Fortsatt drift har en side mot kreditorene, og at deres dekningsmuligheter ikke skal forringes, men det har også en side mot aksjonærene. Nedleggelse på et tidligere stadium kan gi disse større gevinst, og en utsettelse kan i utgangspunktet gi grunnlag for erstatning etter asl. § 17-1, som også gjelder ansvar overfor aksjonærene.

Spørsmålet var oppe til diskusjon i forbindelse med Unionsaken i Skien i 2005. I Ot. prp. nr. 55 (2005-2006) s. 114, var det departementets oppfatning at det som utgangspunkt ikke gir grunnlag for erstatningsansvar at styret i et aksjeselskap treffer beslutning hvis formål er å opprettholde driften og arbeidsplassene.²⁷⁴ Dette gjelder selv om en eventuell nedleggelse og oppløsning ville gitt aksjeeierne større gevinst.

Utgangspunktet modifiseres imidlertid dersom beslutningen innebærer at en tapsbringende virksomhet opprettholdes for kreditorenes regning. Dette er i samsvar med det jeg kom til over, herunder at fortsatt drift kan være forsvarlig der dette ikke medfører et økt driftsunderskudd, og ytterligere tap for kreditorene. Et eksempel på at hensynet til

²⁷³ Aarum (1994) s. 505

²⁷⁴ Hensynet til arbeidsplassene ble også nevnt i NOU 1992:29 s. 39

arbeidsplassene ikke var et relevant moment er RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy Hotell drift), men her innebar også fortsatt drift betydelige tap for kreditorene.

Departementets uttalelser er tilsynelatende i strid med det jeg tidligere sa om at en av styrets forvaltningsoppgaver er å sørge for at aksjonærene får utbytte på sin investering. I så fall skulle det tilsi at driften bør opphøre når muligheten for gevinst er størst. Når aksjonærinteressen er en såpass sentral del av selskapsinteressen, skulle det tilsi at arbeidsplassene ikke er et relevant hensyn i denne sammenhengen.

I realiteten er dette et spørsmål om hvilke interesser som skal omfattes av selskapsinteressen, herunder om man er tilbøyelig til å la denne inkludere andre interesser enn aksjonær- og kreditorinteressen.

Det må påpekes at uttalelsen er temmelig frittstående, og ikke tilknyttet noen særlig drøftelse av spørsmålet. Dette vil i stor grad også begrense dens vekt.

Det kan argumenteres for at arbeidsplassene vil være et relevant hensyn i beslutningen om fortsatt drift, fordi aksjonærenes selskapsandel i disse tilfellene uansett vil ha begrenset verdi. Aksjonærenes selskapsinteresse vedvarer frem til insolvens. Etter dette tidspunktet består selskapsinteressen hovedsakelig av kreditorenes interesse i få dekning for sine krav. En beslutning om fortsatt drift må nødvendigvis treffes forut for, eller i forbindelse med insolvens, og verdien på aksjonærenes selskapsandel vil da være mer eller mindre tapt. Når kreditorene ikke lider ytterligere tap ved videre drift, kan arbeidsplassene derfor være et relevant hensyn.

Dette skulle på den annen side bety at aksjonærinteressen blir svakere, desto lavere verdien på selskapsandelen blir, hvilket ikke kan medføre riktighet. Forutsetningen for å drive aksjeselskap er å gi aksjonærene gevinst, og styret skal arbeide for å oppfylle denne like mye i dårlige tider som i gode.

Noen endelig konklusjon blir her vanskelig, da løsningen på ingen måte er gitt. Svaret vil måtte bero på om man beholder den tradisjonelle tilnærmingsmåten til begrepet *selskapsinteresse*, eller om man er villig til å inkludere også andre hensyn. I alle tilfeller kan ikke utgangspunktet være så bastant som departementets uttalelser i Ot. prp nr. 55 (2005-2006) umiddelbart gir inntrykk av.

6.4.6 Oppsummering

Hvorvidt fristen ”innen rimelig tid” er overtrådt eller ei vil i første rekke bero på konkrete omstendigheter, og lar seg vanskelig konstatere helt generelt. Styret må tillegges en viss handlefrihet, samtidig som hensynet til kreditorene ikke må forbigås.

Styrets handlefrihet vil i noen grad avhenge av om videre drift vil føre til en forverring av selskapets økonomi, og således ytterligere redusere kreditorenes muligheter for dekning. Når fortsatt drift ikke medfører ytterligere tap, vil ikke nødvendigvis hensynet til kreditorene tilsi at oppbud må begjæres. Dersom driften går i null, og det arbeides kontinuerlig med å bedre situasjonen, har rettspraksis vist at et tidsintervall på så mye som ni og en halv måned kan være ”innen rimelig tid”.

I arbeidet med å bedre økonomien er det et krav at eventuelle tiltak faktisk må være egnet til å bedre selskapets egenkapitalsituasjon. Et begrunnet håp om fortsatt drift kan foreligge dersom det er berettigede forventninger om tilskudd av egenkapital, eller det arbeides med refinansiering av selskapets gjeld.

Selskapets tidligere økonomi vil også være relevant. Har virksomheten gått med underskudd i lengre tid, kan et relativt kort tidsrom frem til oppbud likevel være en oversitting av fristen. Etter rettspraksis var en og en halv måned i et slikt tilfelle ikke ”innen rimelig tid”.

Det avgjørende vil i alle tilfeller være hvorvidt unnlatelsen av å begjære oppbud kan forsvares ut fra et ikke urealistisk håp om fortsatt drift, og et slikt håp må bero på konkrete,

og objektivt konstaterbare forhold. Styrets subjektive meninger om fortsatt drift vil derfor ikke få betydning i vurderingen av om beslutningen om å drive videre var forsvarlig.

7 Styrets ulovfestede opplysningsplikt overfor kontraktsparter

7.1 Innledning

Som nevnt i Kap. 5 vil selskapets vanskelige økonomi utløse en plikt for styret til å opplyse om dette i sin redegjørelse overfor generalforsamlingen, jf. asl. § 3-5. Etter ulovfestet rett foreligger det imidlertid også en opplysningsplikt for styret overfor selskapets enkelte medkontrahenter.

Opplysningsplikten vil særlig gjøre seg gjeldende dersom selskapet søker å inngå kontrakt om levering av varer på kreditt. Enhver avtale om kreditt vil riktignok innebære en viss risiko for leverandøren, men det følger av rettspraksis at dersom selskapet er dårlig stilt økonomisk, må det opplyses om dette slik at leverandøren kan fatte en avgjørelse på fullstendig grunnlag. Se i dette henseende LH-1994-379 hvor lagmannsretten uttalte:

”Når det konstateres at selskapet var i en slik økonomisk situasjon, får dette konsekvenser for de krav som må stilles til selskapets – herunder administrerende direktørs- opptreden overfor kreditorene. Når selskapet i en slik situasjon velger å fortsette driften, ut fra en vurdering av at dette vil være til kreditorenes samlede fordel, må man samtidig opptre slik at ikke nye kreditorer påføres tap eller utsettes for en større tapsrisiko enn man normalt må regne med i forretningslivet”.

Dersom leverandøren får fremlagt de konkrete opplysninger og likevel inngår avtalen, har han akseptert risikoen. Avtalen kan derfor ikke betegnes som rettsstridig dersom selskapet som mottar varene går konkurs, og ikke kan dekke forpliktelsen.

Forsømmelse av styrets ulovfestede opplysningsplikt er således en erstatningsbetingende handling som retter seg direkte mot den enkelte kreditor. Det er derfor et direkte tap som kan gjøres gjeldende uavhengig av selskapet og kreditorfellesskapet.²⁷⁵

Dersom styremedlemmers forsømmelse av opplysningsplikten medfører at medkontrahenten lider tap som følge av selskapets mislighold, må det ved erstatningsutmålingen tas i betraktning at styremedlemmet ikke er part i kontrakten. Medkontrahenten kan derfor ikke kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen (positiv kontraktsinteresse), bare tapet han led ved å stole på at kontrakten ville bli riktig oppfylt (negativ kontraktsinteresse).²⁷⁶

7.2 Om insolvens som vilkår for opplysningsplikten

Hvorvidt opplysningsplikten er nærmest tilknyttet handleplikten, eller oppbudsplikten vil bero på når opplysningsplikten inntreffer. Som det fremgår av de tidligere drøftelser, opphører handleplikten i det øyeblikk insolvens inntreer og erstattes med oppbudsplikten, hvor ett vilkår nettopp er insolvens. Avgjørende for om opplysningsplikten vil være tilknyttet handle- eller oppbudsplikten, blir således hva som skal til for at opplysningsplikten inntreer.

Spørsmålet i det følgende blir derfor hvor dårlig økonomisk stilt selskapet må være for at opplysningsplikten inntreer, herunder om det må foreligge insolvens.

For at kreditor overhodet skal lide noe tap forutsetter det at selskapet ikke kan dekke den aktuelle forpliktelsen ved forfall eller senere. Dette vil normalt ikke være tilfellet dersom

²⁷⁵ Se avsnitt 2.4.2.1 og 2.4.2.2

²⁷⁶ Andenæs (2006) s. 664 og Aarum (1994) s. 564 flg.

selskapet er solvent. Det følger også av rettspraksis og teori at opplysningsplikten ikke inntre før selskapet er insolvent.²⁷⁷

De lege ferenda kan det imidlertid stilles spørsmål ved om utgangspunktet bør være så absolutt. For eksempel vil det ved langvarige kontraktsforhold kunne argumenteres for at styremedlemmenes opplysningsplikt bør inntre på et tidligere tidspunkt ut fra lojalitetsbetraktninger. Et hensyn bak opplysningsplikten er videre at styret ikke skal spekulere i selskapets fortsatte drift på bekostning av kreditorene. Spekulasjon behøver ikke nødvendigvis forutsette at selskapet er insolvent. Har selskapet hatt en negativ trend over lengre tid, og det tilsynelatende bare går en vei, men hvor insolvens ennå ikke foreligger, kan styret likevel inngå kontrakter med holdningen ”det får bære eller briste”. Denne risikoen bør ikke legges på kreditors kappe bare fordi selskapet ennå ikke er insolvent.

Se i denne sammenheng Rt. 1991 s. 199 (Normount) hvor selskapet ennå ikke var insolvent, men hvor tvistespoersmålet var om styret i selskapet ikke burde inngått en befraktningsavtale, på grunn av selskapets sviktende økonomi. Selv om Høyesterett fant optimismen hos styret å være i overkant høy, ble ikke styret ansett for å ha handlet uaktsomt. Førstvoterende uttaler på s. 127:

”I vår sak kan jeg ikke se at Høyesterett har grunnlag for å betegne som urealistisk styrets håp om at man ved befraktningen av MS ‘ARAO’ skulle lykkes i å snu utviklingen, eller i alle fall ikke lide større tap enn Normount kunne bære. *Noen uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning kan jeg ikke se foreligger*”. (Min utheving)

De lege ferenda burde det avgjørende i så måte være at kontrakten bærer preg av spekulasjon på kreditors bekostning, og at det kan konstateres at kreditor ikke ville inngått kontrakten hadde han fått forelagt seg de konkrete opplysninger. De lege lata er imidlertid

²⁷⁷ Rt. 1930 s. 737, Rt. 1932 s. 857, Rt. 1933 s. 1114, Rt. 1938 s. 129, LB-1994-2122, LG-2006-116552, LG-2007-119889. Aarum (1994) s. 537 og Andenæs (2006) s. 661

insolvens en forutsetning for opplysningsplikten. Den vil derfor være tilknyttet oppbudsplikten, ikke handleplikten.

7.3 Insolvens som et nødvendig, men også tilstrekkelig vilkår?

For oppbudsplikten gjelder et krav om at fordringshaverne ikke vil få dekket sine krav ”innen rimelig tid”, jf. strl. § 284. Dette innebærer at selv om det foreligger insolvens, vil fristen gi styret en viss handlefrihet til å prøve å redde selskapet. Da insolvens er et vilkår også for opplysningsplikten, må det legges til grunn at denne vil gjøre seg gjeldende innenfor fristen ”innen rimelig tid”.

For oppbudsplikten er insolvens således et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår. Det må også foretas en vurdering av om selskapet kan reddes, slik at fordringshaverne vil få dekning ”innen rimelig tid”. Det kan spørres om det tilsvarende gjelder også for opplysningsplikten. Problemstillingen i det følgende blir derfor om insolvens er et tilstrekkelig vilkår for at opplysningsplikten inntreffer, eller om det også her må foretas en helhetsvurdering av om det forelå grunnlag for fortsatt drift.

I eldre rettspraksis har et relativt velbegrunnet håp om fortsatt drift ikke blitt tillagt vekt, se Rt. 1938 s. 129. Dette har imidlertid blitt noe modifisert. I Rt. 1975 s. 198 nøyer ikke Høyesterett seg med å konstatere at det objektivt sett forelå insolvens på avtaleinngåelsestidspunktet, men foretar også en vurdering av om styret hadde et begrunnet håp om å redde selskapet. Se følgende uttalelse på s. 204:

” [Ledelsen] burde ha vært klar over at det ikke var noe begrunnet håp om å unngå akkord eller konkurs, og de burde således ha forstått at selskapet ikke ville kunne betale kjøpesummen for varepartiet ved forfall”.

Av nyere lagmannsrettspraksis kan nevnes LG-2006-116552, hvor retten kom til at vilkårene for personlig erstatningsansvar overfor en av selskapets medkontrahenter var oppfylt. Ledelsen av selskapet burde ha opplyst om selskapets vanskelige stilling før

medkontrahenten utførte de avtalte arbeider forut for konkursen.²⁷⁸ Retten konkluderte med at selskapet var insolvent i det aktuelle tidsrommet, og at ledelsens medlemmer var klar over dette. Istedenfor å stoppe der, foretok retten en større vurdering blant annet ved å drøfte hvordan ulike hensyn her gjør seg gjeldende:

”Etter lagmannsrettens syn kan det være aktuelt å trekke inn forskjellige hensyn i denne vurderingen. Hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet tilsier på den ene side at ledelsen av et insolvent selskap plikter å opptre slik at medkontrahenter som påtar seg nye oppdrag/leveranser for selskapet ikke bør påføres tap eller utsettes for større tapsrisiko enn man normalt må regne med i forretningslivet. Det tilsier opplysningsplikt. På den annen side kan et for vidtgående informasjonsansvar overfor leverandører føre til at selskapet mister leveranser som gjør at virksomheten klapper sammen mens den kanskje kunne reddes (...). Lagmannsretten er imidlertid ikke enig med ankemotpartene i at styret i et selskap uansett må kunne fortsette driften inntil alt håp er ute, uten å måtte informere kreditorer som påtar seg nye oppdrag/leveranser for selskapet. Etter lagmannsrettens syn vil det her måtte foretas en konkret aktsomhetsvurdering innenfor rammen av de nevnte kryssende hensyn”.

Som sagt kom lagmannsretten til at det forelå erstatningsansvar, men under tvil. Retten uttalte i denne sammenheng:

”Tvilen er knyttet til det forhold at ledelsen i Os Pukk lenge hadde et begrunnet håp om å kunne redde selskapet ved hjelp av banken, og at selskapet under denne forutsetning ville kunne betale sine regninger ved forfall utover våren 2003. Med hensyn til om det var realistisk å redde selskapet, finner lagmannsretten dessuten at det er grunn til å utvise tilbakeholdenhet fra rettens side med å overprøve styrets vurdering. Lagmannsretten har også forståelse for at ledelsen i OS Pukk befant seg i et dilemma, hvor man kan ha fryktet at informasjon om selskapets vanskelige stilling ytterligere ville kunne forverre situasjonen og kanskje helt forpurre videre drift”.

Se også LG-2007-119889 når retten oppsummerer vilkårene for at erstatningsbetingende opplysningsplikt foreligger:

²⁷⁸ For eldre lagmannsrettpraksis som også behandler om styret hadde et realistisk håp om fortsatt drift, se Gulating lagmannsretts dom 13. desember 1990 (ankesak nr. 256/1989) og Hålogaland lagmannsretts dom 9. mars 1990 (Ankesak nr. 43/1988 A)

”Et eventuelt ansvar på dette grunnlag krever for det første at selskapet objektivt sett var insolvent ved avtaleinngåelsen. For det annet foreligger det et subjektivt vilkår, at daglig leder i dette tilfellet må kunne bebreides for ikke å ha overholdt sin opplysningsplikt. I tillegg tyder rettspraksis på at det blant annet kan være aktuelt å ta i betraktning om selskapets ansvarlige aktører hadde et begrunnet håp om å redde selskapet, og om de burde ha forstått at selskapet ikke ville kunne betale den aktuelle kreditor ved forfall”.

Ut fra rettspraksis blir konklusjonen derfor at det ikke lenger er tilstrekkelig å konstatere at det objektivt sett forelå insolvens. Det foreligger en tilsvarende handlefrihet for styret hva angår opplysningsplikten som oppbudsplikten, det må derfor foretas en vurdering av om det forelå et realistisk håp om fortsatt drift.

I drøftelsen av culpa blir det avgjørende om styret burde forstått at selskapet ikke ville kunne dekke sine forpliktelser ved forfall. Beslutningen om fortsatt drift kan videre være lite egnet til å overprøves av retten i ettertid, da dette er en forretningsmessig beslutning domstolene etter praksis har vært tilbakeholdne med å prøve.²⁷⁹

Styret vil således ha en viss handlefrihet med hva de er pliktige til å opplyse om, også etter at selskapet er insolvent. Aktsomhetsnormen i relasjon til medkontrahentene vil nok likevel skjerpes betraktelig. Et poeng må være at aktsomhetsnormen er strengere for de avtaler som innebærer betydelige forpliktelser, og derfor også en økt risiko for medkontrahenten. Motsetningsvis vil de mindre avtalene som må anses som en del av den daglige driften, og som kanskje er en nødvendighet for å kunne fortsette virksomheten, lettere bli funnet aktsomme.

Andenæs hevder at vurderingen om fortsatt drift i forbindelse med opplysningsplikten ikke nødvendigvis sammenfaller med tilsvarende vurdering for unnlatelsen av å begjære gjeldsforhandling eller konkurs etter strl. § 284, og at førstnevnte nok også kan være strengere.²⁸⁰ Dette gir etter min mening dårlig sammenheng mellom reglene. Det virker

²⁷⁹ Se avsnitt 4.5

²⁸⁰ Andenæs (2006) s. 661-662

heller ikke som om rettspraksis på området har lagt noen annen aktsomhetsterskel til grunn alt ettersom det dreide seg om forsømt oppbudsplikt, eller opplysningsplikt. En løsning som kunne medføre at fortsatt drift var realistisk for ett ansvarsgrunnlag, men ikke for det annet virker lite hensiktsmessig, og vil nødvendigvis også by på utfordringer. Det vil nok likevel kunne være grensetilfeller hvor en utsatt frist for å redde selskapet vil aksepteres, men at det i denne perioden må opplyses om selskapets stilling til medkontrahentene.²⁸¹

8 Særlige erstatningsrettslige problemstillinger

8.1 Om brudd på handleplikten er egnet til å være erstatningssanksjonert

8.1.1 Innledning

For at det skal kunne ilegges erstatningsansvar, må det foreligge culpa i form av forsettlig eller uaktsom handling/unnlatelse, økonomisk tap og årsakssammenheng. Jeg viser til redegjørelsen for vilkårene i Kap. 2.

Brudd på asl. § 3-5 kan i prinsippet bli betegnet som uaktsomt, og at bestemmelsen er erstatningssanksjonert de lege lata, er på det rene.²⁸² De lege ferenda kan det imidlertid stilles spørsmål ved om unnlatelse av å oppfylle handleplikten likevel er egnet til å være erstatningssanksjonert.

I det opprinnelige utkastet fra Aksjelovgruppen var overtredelsen av handleplikten sanksjonert med en egen ansvarsregel, men denne ble ikke tatt med i den endelige loven.²⁸³

²⁸¹ Aarum (1994) s. 542 og Gulating lagmannsretts dom av 13. desember 1990 ankesak nr. 256/1989

²⁸² NOU 1996:3 s. 147 og Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 173

²⁸³ NOU 1992:29 s. 223 og s. 85-86

Bakgrunnen var at det ble lagt til grunn at de alminnelige straff- og erstatningsreglene var tilstrekkelige.²⁸⁴

Asl. § 3-5 er etter sin ordlyd og innhold av en slik art at det kan argumenteres for at den er lite egnet for et erstatningsansvar. I det følgende vil jeg derfor se på vilkårene for erstatning opp mot handleplikten i asl. § 3-5.²⁸⁵

8.1.2 Handleplikten og de tre grunnvilkårene for erstatning

Erstatningsansvar forutsetter en forsettlig eller uaktsom handling/unnlatelse som årsak til det tap som er lidt. Som nevnt vil brudd på asl. § 3-5 være en klar indikasjon på at det foreligger culpa, men det er ikke avgjørende.²⁸⁶ Selv om handlingen/unnlatelsen for så vidt er uaktsom, er det en forutsetning at det foreligger tap. Handleplikten etter asl. § 3-5 kan imidlertid være forsømt uten at det er mulig å konstatere tap for selskapet. Bestemmelsen har sin bakgrunn i hensynet til eierne, og at det å ikke varsle om en uforsvarlig lav egenkapital utsetter disse for en uakseptabel risiko. At det foreligger slik risiko vil derimot ikke nødvendigvis innebære at det samtidig oppstår et tap.

I tillegg reiser handleplikten vanskelige spørsmål vedrørende årsakssammenheng i tilknytning til om alternative handlinger forelå på det aktuelle tidspunktet, og hvorvidt tap kunne være unngått som følge av disse.²⁸⁷

²⁸⁴ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 173, NOU 1996:3 s. 147

²⁸⁵ Drøftelsen er basert på Andenæs (2006) s. 424-425

²⁸⁶ Den danske Selskabsloven § 118 (tidligere ASL § 69a) er hovedsakelig skåret over samme lest som asl. § 3-5. Også her vil et erstatningsansvar bero på den generelle erstatningshjemmelen, og en overtredelse av § 118 vil ikke i seg selv være tilstrekkelig. Noen nærmere problematisering av en erstatningssanksjon i forbindelse med bestemmelsen har jeg ikke funnet i nyere dansk teori. Se Werlauff (2008) s. 316-320 og s. 504, Gomard (2006) s. 318 og 483, Andersen (2008) s. 233-239 og s. 459-460, Samuelsson (2009) s. 127-128 og FED-2004-713-V.

²⁸⁷ Se tidligere drøftelse i avsnitt 2.3.4.3.2 og 2.5

Tilslutt kan det argumenteres for at en erstatningssanksjonert handleplikt vil være dårlig egnet til å realisere et av formålene bak regelen, nemlig å få selskap på randen av økonomisk krise på fote igjen. Dersom styremedlemmene kan bli holdt erstatningsansvarlige i den aktuelle perioden, kan det fremstå som tryggere å begjære oppbud i stedet for å iverksette tiltak.

Det er med andre ord en del hindre i veien for å ilegge erstatningsansvar for brudd på asl. § 3-5, selv om handlingen/unnlatelsen for så vidt er rettsstridig.

8.1.3 Handleplikten og forholdet til oppbudsplikten

Handleplikten i asl. § 3-5 første ledd, må også ses i sammenheng med oppbudsplikten. Når styret først har forsømt sin handleplikt, vil nok oppbudsplikten normalt også være forsømt. Handleplikten inntreffer imidlertid på et tidligere tidspunkt. Jeg har ikke funnet noen dommer som ilegger erstatningsansvar for styremedlemmene utelukkende på grunnlag av forsømt handleplikt, uten at også oppbudsplikten er påberopt fra saksøkers side.

Det er også vanskelig å tenke seg situasjoner hvor handleplikten med fordel kan påberopes alene. Krav om erstatning etter asl. § 3-5 reises først og fremst i forbindelse med selskapets konkurs, og er handleplikten først forsømt, vil som regel oppbudsplikten være det også. Etter min mening vil det i relasjon til disse pliktene sjelden eller aldri være praktisk å reise søksmål mot styremedlemmene i tiden før insolvens, som er grunnvilkåret for at oppbudsplikten inntreffer.

For å illustrere dette skal jeg i det følgende gå gjennom ulike situasjoner hvor handleplikten gjør seg gjeldende:

1. Styret kan sette i verk egne tiltak innenfor sitt myndighetsområde, uten generalforsamlingens samtykke. Lykkes disse er handleplikten oppfylt. Etter at selskapets økonomi er kommet på fote igjen, kan det neppe påberopes som mulig erstatningsgrunnlag at styret burde truffet andre tiltak som ville gitt en større økonomisk fordel, da det vil være

vanskelig å konstatere noe tap. Handleplikten kan derfor ikke påberopes i et senere erstatningssøksmål.

2. Dersom styret ikke selv kan iverksette tiltak, eller at styrets egne tiltak ikke er vellykkede, oppstår to situasjoner:

For det første kan styret ha plikt til å innkalle til generalforsamling, og foreslå tiltak som krever dennes samtykke. Gjennomføres dette er handleplikten oppfylt, og kan ikke påberopes som grunnlag for erstatning i etterkant, uavhengig av om selskapets økonomiske stilling bedres, eller om det ender med insolvens og etterfølgende konkurs.

For det annet kan styret ha plikt til å foreslå selskapet oppløst. Denne plikten vil inntre enten dersom styret finner at det ikke er grunnlag for å fremme forslag om tiltak til generalforsamlingen, eller at de tiltak som vedtas av generalforsamlingen ikke kan gjennomføres, eller mislyktes. Når styret har foreslått selskapet oppløst er handleplikten oppfylt, og kan ikke påberopes som ansvarsgrunnlag senere.

3. Handleplikten kan først og fremst få selvstendig betydning der styret ikke setter i verk tiltak i det hele tatt. Ansvarer aktualiseres imidlertid ikke før selskapet går konkurs, og konkursboet påberoper forsømt handleplikt som grunnlag for erstatning etter asl. §17-1. I mange tilfeller vil imidlertid også oppbudsplikten være forsømt, slik at også her vil det normalt være lite hensiktsmessig å påberope unnlatt handlingsplikt alene.

Aksjonærene er ikke erstatningsrettslig vernet av oppbudsplikten, og vil således kunne påberope handleplikten alene som grunnlag for sitt krav. Forsømt handleplikt er imidlertid et indirekte tap for aksjonærene.²⁸⁸ Aksjonærene vil derfor være prisgitt selskapet/konkursboet for å kunne gjøre sitt krav gjeldende, jf. asl. § 17-6. Konkursboet vil på sin side påberope både handle- og oppbudsplikten dersom det er grunnlag for det.

²⁸⁸ Se avsnitt 2.4.3.3

4. Til slutt kan styret holdes ansvarlig for forsømt handleplikt der de tiltak som er igangsatt ikke oppfyller forutsetningen i asl. § 3-5 om å få egenkapitalen opp på forsvarlig nivå igjen. Dette alternativet er imidlertid enda nærmere tilknyttet oppbudsplikten enn det forrige. Dersom styret er av den oppfatning at det arbeides med gode tiltak, vil vurderingen om å begjære oppbud ligge enda fjernere. Derfor vil det i denne situasjonen normalt også være nødvendig å påberope både forsømt handleplikt og forsømt oppbudsplikt.

8.1.4 Oppsummering

Drøftelsen over viser at det er mange vanskelige spørsmål som oppstår i kjølevannet av asl. § 3-5 som en erstatningssanksjonert plikt for styret. Bestemmelsen fremstår etter sitt innhold tidvis som uegnet til drøftes opp mot grunnvilkårene for erstatning. Videre viser det seg også at den har liten selvstendig betydning ved siden av oppbudsplikten. Asl. § 3-5 fremstår derfor mer egnet som forebyggende regel, i motsetning til en reparerende regel i forbindelse med et erstatningsansvar. Den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten er et godt eksempel på sistnevnte.

8.2 Forutsatt erstatningssanksjonert, hvem er erstatningsrettslig vernet?

Dersom det forutsettes at handleplikten er erstatningssanksjonert, blir det videre et spørsmål om hvem som kan påberope forsømt handleplikt som grunnlag for erstatning.

Hvem som nyter erstatningsrettslig vern etter handle- og oppbudsplikten er behandlet i avsnitt 2.4.3, og jeg henviser derfor til denne. Kort oppsummert er det bare selskapet som er erstatningsrettslig vernet av handleplikten. Aksjonærene og enkeltkreditorene kan bare gjøre sitt indirekte tap gjeldende, og vil således være avhengige av at vilkårene i asl. § 17-6 er oppfylt. Konkursboet kan påberope forsømt handleplikt på vegne av kreditorfellesskapet som følge av skade på kreditorenes selskapsinteresse.

8.3 Erstatningsutmålingen ved forsømt handle- og oppbudsplikt

8.3.1 Innledning

Utgangspunktet etter den alminnelig erstatningsrett er at erstatningsbeløpet ved rene formuesskader utgjør formuesreduksjonen, eller den tapte fordel. I tillegg kommer renter for å dekke avsavnet av kapitalen.²⁸⁹ Dette gir vanligvis en konkret og lite problematisk erstatningsutmåling. Andre ganger må utmålingen bli mer skjønnsmessig, se for eksempel Rt. 1990 s. 607 om erstatning for illojalitet i ansettelsesforhold.

Dersom det forutsettes at handleplikten er erstatningssanksjonert, og at selskapet har et erstatningsrettslig vern for tap som følge av forsømt handleplikt, blir spørsmålet hvilke erstatningsutmålingsprinsipper som skal legges til grunn.

Da utmålingen for handleplikten ikke er endelig avgjort, og oppbudsplikten i normaltilfellene vil påberopes i tillegg til denne, vil det i det følgende gjøres rede for utmålingen for forsømt oppbudsplikt. Deretter vil jeg drøfte hvordan forholdet mellom pliktene vil gi utslag for erstatningsutmålingen.

8.3.2 Gjenstand for erstatning: reduksjon i selskapets formuesstilling

Fra det tidspunktet oppbudsplikten inntreffer, og frem til oppbud faktisk begjæres, kan den videre driften av selskapet innebære en ytterligere forverring av den økonomiske situasjonen for selskapet. Denne reduksjonen i selskapets formuesstilling er et tap som kan kreves erstattet av selskapet, mest praktisk dets konkursbo på kreditorfellesskapets vegne. Enkeltkreditor kan gjøre tapet gjeldende forutsatt at selskapets krav ikke er til hinder for dette, jf. asl. § 17-6.²⁹⁰ For den videre fremstilling vil konkursboet/ kreditorfellesskapet være saksøker.

²⁸⁹ Lødrup (1999) s. 409

²⁹⁰ Se avsnitt 2.4.3.4

Erstatningsutmålingen bør i alle tilfeller søke å bringe selskapets kreditorer i den økonomiske stilling de ville vært uten det erstatningsbetingende forhold. Det er i imidlertid ikke endelig fastslått i praksis hvilket prinsipp som skal anvendes i erstatningsutmålingen. Ett utmålingsprinsipp innebærer at det erstatningsmessige tapet er driftstapet fra skjæringstidspunktet til konkursåpningen, mens det annet tar utgangspunkt i reduksjonen i boets dividendeutbetaling.

Et argument for å legge dividendeberegningen til grunn er at det er differansen mellom dividenden på tidspunktet da oppbud skulle vært begjært, og den som til slutt faktisk utbetales som utgjør kreditors tap. Har selskapet aktiva på 1 million og passiva på 4 millioner da oppbud skulle vært begjært, vil dette gi en dividende på 25 %. Har passiva økt til 5 i den ansvarsbetingende perioden, vil dividenden reduseres til 20 %. Følgelig er kreditors tap de 5 % som dividendekravet ble redusert med.

Rettpraksis har imidlertid lagt driftstapet til grunn for erstatningsutmålingen som følge av forsømt oppbudsplikt. Begrunnelsen er at kreditorfellesskapet ved konkursboet, som rettsetterfølger, tar beslag i selskapets krav etter dekl. § 2-2, jf. § 2-1, og selskapets tap er samsvarende med økningen i driftsunderskuddet i den ansvarsbetingende perioden. Se for eksempel RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy).

Spørsmålet i det følgende blir derfor hva som ligger i driftstap, og hvorvidt dette er et korrekt parameter for erstatningsutmålingen.

8.3.3 Driftstapet som grunnlag for erstatningsutmålingen

Driftstap eller driftsunderskudd, leder umiddelbart tanken hen på selskapets tap i form av den negative differansen mellom driftsinntekter og ordinære kostnader. I så fall må tapsberegningen ta utgangspunkt i hvordan selskapets driftsresultat skal utarbeides, jf. rskl. § 6-1. Driftsresultatet beregnes ut fra driftsinntekten, minus ordinære kostnader som lønn, husleie, varekostnader med videre, jf. rskl. § 6-1 nr 1-9.

Selskapet kan imidlertid også oppleve en økning av gjelden i den kritiske perioden, for eksempel som følge av misligholdte betalinger. Dette er en post som ikke medregnes i driftsresultatet etter rskl. § 6-1.

Rettspraksis har imidlertid også tatt med en økning av selskapets gjeldsgrad i beregningen av driftstapet. I LA-2007-37537 uttalte retten at også selskapets balanseregnskap kan anvendes for å beregne kreditorers tap når driften fortsetter på ”overtid”. Balanserapporten gjelder de foregående regnskapsår. Retten så derfor på balansen fra sist årsskifte, og regnet ut differansen mellom den kortsiktige gjelden som forelå da, og den som forelå ved konkursåpningen. Økningen i den kortsiktige gjelden ble således en del av det totale driftstapet.

Løsningen må også bero på når på året konkurs åpnes. Dersom denne åpnes innenfor samme regnskapsår som den ansvarsbetingende handling/unnlatelse, må det foretas en særskilt beregning for de inntekter og kostnader som har påløpt i den ansvarsbetingende perioden. Utmålingen ved konkurs i november må derfor baseres på en utregning av driftsresultatet i den tid styret har handlet ansvarsbetingende innenfor samme år.

Dersom konkurs åpnes det påfølgende år, kan utgangspunktet tas i selskapets årsresultat. I Sunnhordland tingretts dom av 11. desember 2006 tok retten utgangspunkt i underskuddet for driftsåret 2001, og halverte dette i og med at den ansvarsbetingende perioden først oppstod i juni.²⁹¹

I eksempelet over vil derfor en forholdsmessig andel av underskuddet fra foregående årsresultat tas med i beregningen dersom den ansvarsbetingende periode startet før 1. januar.

²⁹¹ Sak nr. 06-026159TVI-SUHO. Dommen ble anket, men erstatningsutmålingen ble lagt til grunn også i lagmannsretten, jf. RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy)

Tap som uansett ville oppstått i forbindelse med konkursavviklingen må trekkes fra i utmålingen. Dersom selskapet har realisert driftsmidler med tap i den ansvarsbetingende perioden, vil ikke dette omfattes av driftstapet. Dette er et tap som uansett ville oppstått når boet åpnes, og ikke et resultat av manglende oppbud. Forutsetningen er selvfølgelig at verdien på driftsmiddelet er stabil, slik at denne ikke kan ha øket i verdi i tiden frem til konkursåpningen. Andre utgifter i denne kategorien kan følge av forpliktelser som ikke kan avsluttes på dagen grunnet oppsigelsesregler, som husleie- eller lønnsutgifter.

Det må også gjøres fradrag for fordringer som var forfalt før konkursåpningen, men som senere er frafalt. Frafalte krav er ikke en del av det reelle driftstapet, og utgjør således ikke et tap for selskapet påløpt i den ansvarsbetingende perioden.

Videre må det tas stilling til om eventuelle innskutte midler skal tas med i beregningen, herunder redusere det erstatningsmessige kravet. Der midlene brukes til å styrke egenkapitalen er løsningen klar nok, da vil dette innebære en reduksjon av kreditorenes totale krav. Problemstillingen gjør seg følgelig gjeldende der midlene er brukt til å betale allerede forfalte krav, eller løpende utgifter.

Et synspunkt må her være at også dette reduserer selskapets totale gjeld, fordi betalingen reduserer kreditorenes krav. Dette skulle således tale for at erstatningskravet må reduseres tilsvarende som innskuddet. Ut fra rettspraksis kan imidlertid ikke et slikt synspunkt om direkte fradrag legges til grunn. I LA-2007-37537 ble en anførsel om fradrag avvist. Retten fant at beløpet som ble skutt inn i selskapet måtte ses på som et alminnelig kreditorkrav, og fant ikke grunnlag for å betegne dette som noe annet.

Dette gir god mening. Innskudd for å dekke løpende forpliktelser vil ikke innebære noen reduksjon for det totale antall kreditorer, kun den eller de som får sin fordring dekket. Betalingene må nødvendigvis også innebære en plan om tilbakebetaling, og aksjonæren blir derfor en av de øvrige kreditorer som må melde sitt krav i et senere konkursbo. Innskudd i egenkapitalen gir ikke på tilsvarende måte en kreditorposisjon.

Driftstapet i betydningen differansen mellom inntekter og kostnader, eventuelt supplert med gjeldsøkningen i den ansvarsbetingende perioden, fremstår umiddelbart kanskje som en enkel modell, ut fra alle de poster som skal føres i årsresultatet. Det må imidlertid poengteres at erstatningsansvar normalt er mest praktisk for de små AS'ene. Det vil nok sjelden bli aktuelt med erstatningssøksmål på dette grunnlaget i de store ASA'ene, i så fall ville nok erstatningsutmålingen under betegnelsen "driftstap" vært langt mer komplisert enn det som følger av foreliggende rettspraksis. Den modellen jeg har illustrert over vil derfor måtte anses for dekkende i normaltilfellene.

8.3.4 Erstatningsutmålingen når både handleplikten og oppbudsplikten er forsømt
Erstatningsutmålingen for forsømt handle- og oppbudsplikt reiser særlige, og til dels vanskelige problemstillinger som står uavklarte i rettspraksis.

Som nevnt over har rettspraksis lagt til grunn at driftstapet representerer reduksjonen i selskapets formuesstilling ved forsømt oppbudsplikt. Da oppbudsplikten normalt vil påberopes i forlengelsen av forsømt handleplikt, blir det en problemstilling hvordan tapet således skal beregnes. Herunder, om driftstapet kan legges til grunn som erstatningsmessig tap for forsømmelse av begge pliktene, eller om det må foretas en separat utmåling for hvert ansvarsgrunnlag.

Utgangspunktet for drøftelsen er LA-2007-37537. Saken gjaldt et aksjeselskap som hadde drevet videre med store underskudd, og tapte aksjekapital inntil konkurs ble åpnet etter kreditorbegjæring. Lagmannsretten fant at styremedlemmene måtte holdes ansvarlige for tap i en ti måneders periode før konkursen, hvilket innebar en utvidelse med seks måneder fra tingrettens dom.

Følgende uttalelse fra lagmannsretten er interessant i dette henseende:

"Lagmannsretten legger til grunn at selskapet var insolvent senest ved årsskiftet 2001/2002, men at dette ikke var kjent for styret. Ut over dette er det ikke nødvendig å fastslå eksakt når styrets plikt til

å begjære oppbud etter straffelovens bestemmelser inntrådte idet perioden for styrets handleplikter etter aksjeloven uansett begynte sitt løp forut for dette, og manglende oppfølging av denne plikten her leder til styreansvaret etter § 17-1”.

Det fremgår av lagmannsrettens votum at styret hadde en ”plikt til oppfølging” fra 21. februar 2001, jf. asl. §§ 3-4 og 3-5. Og i alle tilfeller etter 26. juni 2001, da styret hadde fremsatt forslag om tiltak for å bedre selskapets økonomi. Videre konstaterer lagmannsretten at plikten fra høsten 2001 innebar ”å følge meget nøye med”, jf. asl. § 6-12 tredje ledd. Fra november 2001 fant lagmannsretten at selskapets stilling ”forutsatte handling”, jf. asl. § 3-5. Hva retten legger i ”plikt” for de ulike tidsrommene er uklart. Rettsgrunnlagene er delvis de samme, men hvilken rettsvirkning de ulike pliktene medfører drøftes ikke.

Lagmannsretten knytter imidlertid ansvar kun til perioden fra 1. januar 2002, til konkursen 30. oktober samme år. Bare i denne perioden finner retten at det foreligger forsømt handleplikt, og at dette er erstatningsbetingende. Samtidig legges det til grunn at insolvensen senest oppstod på samme tidspunkt, altså 1. januar 2002. Lagmannsretten tilkjenner, etter den siterte uttalelse, erstatning for det driftstapet som kunne konstateres fra insolvensen og frem til konkursåpningen.

Som nevnt ilegger tingretten ansvar kun for en fire måneders periode forut for konkursen.²⁹² Retten knytter ansvaret for unnlatt oppbudsplikt til 20. juni 2002, og tar utgangspunkt i denne datoen for å regne ut driftstapet som grunnlag for erstatning. Tingretten er imidlertid heller ikke klar på hvilken plikt driftstapet knytter seg til. Etter at retten knytter skjæringstidspunktet til nevnte dato uttales følgende:

”Etter dette er rettens vurdering at det per 20.06.2002 må konstateres brudd på handleplikten og forvaltningsplikten fra styrets side (...)”.

²⁹² Nordre Vestfold tingrett 18. oktober 2006 (sak 04-103714TVI-NOVE)

Retten hadde tidligere i dommen kommet til at det forelå brudd på handleplikten i juni 2002, men uten tilsvarende konkret dato. Tingretten foretar derfor en vurdering av pliktene hver for seg i relasjon til når de gjør seg gjeldende, men blander dem sammen i sin konklusjon hva gjelder ansvarsgrunnlag. Det er følgelig uklart hvilket ansvarsgrunnlag som begrunner tingrettens utmåling basert på selskapets driftstap.

En problemstilling blir derfor om driftstapet, tilsvarende som for oppbudsplikten, kan gjøres gjeldende for forsømmelse av handleplikten.

Driftstapet vil som erstatningsmessig tap som følge av forsømt oppbudspflicht ha nær sammenheng med at etter tidspunktet for insolvens, som er grunnvilkåret for oppbudsplikten, vil selskapet i praksis drives for kreditorenes regning. Det er nettopp dette oppbudsplikten tar sikte på å hindre. Driftstapet er derfor en påregnelig følge av styrets beslutning om å drive selskapet videre.

Formålet bak handleplikten er på sin side å ivareta hensynet til selskapet og dets eiere. Eierne skal bli informert om situasjonen, og være med på å treffe beslutning om hvilke tiltak som skal igangsettes. Handleplikten søker videre å initiere aktiv handling fra styret når selskapets økonomi begynner å gå dårlig. Dersom perioden hvor styret jobber med saken kan medføre et erstatningsansvar for driftstapet, vil det for styret virke langt tryggere å begjære oppbud.

Handleplikten vil ikke være tilknyttet noen insolvenssituasjon. Som nevnt over vil handleplikten oppstå i tid før oppbudsplikten, og derfor også før selskapet er insolvent. Først når selskapet er insolvent vil det drives for kreditorenes regning, og det kan bli tale om et erstatningsmessig driftstap.

Dette skulle således tilsi at driftstapet ikke kan legges til grunn som erstatningsmessig tap som følge av forsømmelse av handleplikten.

Et eksempel på en annen tilnærmingstype til spørsmålet er RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy). Her ble konkurs åpnet etter oppbud 26. februar 2003. Konkursboet reiste søksmål med krav om erstatning, og påberopte både forsømt handle- og oppbudsplikt. Retten kom til at det hadde foreligget en handleplikt etter asl. §§ 3-4 og 3-5 fra årsskiftet 2001/2002, og at styret ikke hadde oppfylt denne. Videre anførte boet at oppbud senest burde vært inngitt 23. august 2002. Retten sa seg enig i dette, da insolvensen måtte ha foreligget senest på dette tidspunktet. Lagmannsretten konkluderte således med at både handle- og oppbudsplikten var forsømt.

Hva gjelder erstatningsutmålingen blir denne imidlertid kun tilknyttet tapet som kan føres tilbake til tidspunktet for insolvens, og frem til konkursåpning. Dette anses som ”den ansvarsbetingende periode”, og tapet i denne perioden er selskapets driftunderskudd. Retten kommenterer ikke ytterligere hvorfor tapet kun tilknyttes oppbudsplikten, og ikke handleplikten.

Ankemotparten, konkursboet, anførte at ansvarsgrunnlag kan tenkes både for handleplikten og oppbudsplikten, og delte sin anførsel om erstatningsutmålingen opp i hva som kan tilbakeføres til hver av pliktene. Det er imidlertid uklart hva ankemotparten mente skulle være gjenstand for erstatning, da det bare ble vist til tingrettens utmåling i tilknytning til handleplikten, og denne utelukkende var basert på forsømt oppbudsplikt.²⁹³ Uten nærmere grunnlag blir det derfor usikkert om ankemotparten her hadde tatt stilling til at driftstapet også måtte legges til grunn for handleplikten. Det må også bemerkes at det heller ikke var anført for tingretten at utmålingen også skulle tilknyttes handleplikten.

Når lagmannsretten uttaler at den tiltrer tingrettens erstatningsutmåling uten nærmere kommentar, kan det være nærliggende å trekke den slutning at retten unnlot å ta standpunkt til handleplikten, og hvilken erstatning den kan medføre. Dette virker noe underlig med tanke på at retten tidligere hadde kommet til at denne var forsømt. Uten nærmere

²⁹³ Saksnr: 06-026159TVI-SUHO

begrunnelse i dommen vil spekulasjoner om årsaken være mange. Uansett kommer man til det samme; løsningen for hvordan utmålingen skal skje fremkommer ikke klart av rettpraksis.

Antagelig er ikke utmålingen her like problematisk som førsteinntrykket skulle tilsi. LA-2007-37537 er nok mer et eksempel på en misforståelse av når de ulike pliktene gjør seg gjeldende, enn et eksempel på feil erstatningsutmåling. Lagmannsretten burde isteden drøftet de periodene hvor styret hadde en plikt til å ”følge nøye med” med videre, for så å vurdere om noen av disse periodene var ansvarsbetingende i relasjon til asl. § 3-5. Videre burde retten konstatert at insolvens senest forelå i januar 2001, og deretter drøftet om oppbudsplikten var forsømt som følge av dette.

Når det gjelder konkursboets erstatningskrav for driftstapet, må det igjen vises til det jeg har drøftet tidligere om direkte og indirekte tap.²⁹⁴ Forsømt handleplikt vil innebære en forringelse av selskapets stilling. Dette er et tap konkursboet kan gjøre gjeldende på vegne av kreditorfellesskapet, som følge av skade på kreditorenes selskapsinteresse. Det er derfor ingen motsetning mellom å tilkjenne boet/kreditorfellesskapet erstatning for driftstapet som følge av forsømt handleplikt, og det faktum at kreditorene egentlig ikke vil lide noe tap før insolvensen.

Min konklusjon blir derfor at kreditorfellesskapet, ved selskapets konkursbo, kan reise krav om erstatning for driftstapet både for forsømt handleplikt, og forsømt oppbudspликт.

8.4 Oppsummering

Min konklusjon i forrige avsnitt svarer imidlertid ikke på spørsmålet om hvorfor retten i RG 2007 s. 1625 (Bømmeløy) bare tilkjenner erstatning for driftstapet i forbindelse med forsømt oppbudspликт. Når veien er åpen for å tilkjenne erstatning for drifttapet også for

²⁹⁴ Se avsnitt 2.4.3.2 og 2.4.3.4

forsømmelse av handleplikten, skulle det tilsi at utmålingen burde tilknyttes begge pliktene, og således utvide den ansvarsbetingende periode.

Ut fra de tidligere drøftelser kan en årsak være at erstatningsansvaret etter asl. § 3-5 reiser for mange spørsmål i tilknytning til om erstatningsvilkårene er oppfylt, slik at det er tryggere for saksøker å bruke oppbudsplikten som hovedanførsel. Selv om driftstapet kan legges til grunn, må vilkåret om årsakssammenheng likevel være oppfylt, og denne vurderingen vil by på utfordringer.

Det er lett å sympatisere med at retten velger å tilkjenne erstatning for oppbudsplikten som inntreffer på et temmelig gitt tidspunkt, i hvert fall sammenlignet med de skjønnsmessige vurderingene handleplikten legger føring på. I så fall bør kanskje retten i de tilfellene hvor handleplikten er forsømt, i stedet lempe ansvaret etter asl. § 17-2, jf. skl. § 5-2.

En annen grunn til at domstolene ikke ilegger erstatningsansvar for forsømt handleplikt, kan være at denne rett og slett overses ved siden av oppbudsplikten i erstatningsutmålingen.

Følgende uttalelse i forarbeidene fremstår i etterpåklokskapens tegn uansett som temmelig bastant, og lite beskrivende for hvordan praksis faktisk ble etter vedtakelsen av asl. § 3-5:

”Departementet har ikke foreslått særlige sanksjoner mot overtredelser av bestemmelsen, ettersom de alminnelige straffe- og erstatningsbestemmelsene må antas å være tilstrekkelige. Når pliktene er så vidt konkret formet som her, vil det trolig nokså lett bli konstatert at vilkårene for ansvar etter de alminnelige reglene foreligger dersom det blir spørsmål om det”.²⁹⁵

²⁹⁵ Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) s. 173

9 Oppsummering

Avhandlingens hovedtema er *styreansvar i krisetider*. Behandlingen over viser at nettopp vanskelige økonomiske tider aktualiserer mange av styrets sentrale plikter etter aksjelovene, og kravet til styrets aktsomhet vil skjerpes. Antagelig har styreansvaret vært et tema i mange styremøter i kjølevannet av finanskrisen, og da kanskje særlig i tilknytning til asl. §§3-4 og 3-5, og oppbudsplikten.

Lovgivers hensikt med asl. §§ 3-4 og 3-5 var som nevnt helt innledningsvis en skjerping av styreansvaret. Kreditorvernet ble langt mer fremtredende, og det var nok de som fryktet at dette ville skje på bekostning av styremedlemmene. At en erstatningssanksjon er nødvendig for effektiviseringen av regelen er klart nok, men ut fra det som er sagt over er ikke dette uproblematisk.

De foregående drøftelser viser at de konkrete pliktene i asl. § 3-5 er klare nok i sitt innhold, herunder saksbehandlingsplikten, plikten til å innkalle til generalforsamling, plikten til å gi redegjørelse, plikten til å foreslå tiltak og tilslutt plikten til å foreslå selskapet oppløst. Også oppbudsplikten er temmelig uproblematisk hva gjelder dens konkrete innhold.

Selv om fastsettelsen av innholdet i både handle- og oppbudsplikten ikke byr på de største utfordringer, er vurderingen av vilkårene for at de inntreffer i betydelig grad skjønnsmessige. Begge pliktene legger føring på vurderinger som dels preges av interessemotsetninger, dels av momenter hvis vekt vil bero på det konkrete tilfellet.

Det vil nok by på vanskeligheter for mange styrer å skulle ta stilling til disse vilkårene på egen hånd. Det kan således synes risikabelt å være styremedlem, i og med at mange av de beslutninger som må treffes ofte innehar et element av risiko. Det er i alle tilfeller lett å forstå de styrer som kanskje begjærer oppbud for raskt fordi de ikke vet med sikkerhet tidspunktet, eller omfanget av en erstatningssanksjonert handleplikt.

Ut fra hvordan asl. §§ 3-4 og 3-5 har blitt praktisert, har styreansvaret neppe blitt skjerpet i særlig stor grad. Etter rettspraksis virker det som om det fortsatt er oppbudsplikten som er normen. Bestemmelsene har nok likevel ført til økt oppmerksomhet mot styrets plikter enn tidligere.

De foregående drøftelser viser mange av de utfordringer retten står overfor i saker hvor både handle- og oppbudsplikten er påberopt som ansvarsgrunnlag. Det er paradoksalt at en regel som ble innført for å skjerpe styreansvaret, aldri har medført erstatning. Mitt inntrykk av rettspraksis er at ansvarsgrunnlagene, selv om de drøftes separat, blandes sammen når det kommer til erstatningsutmålingen. Utmålingen viser derfor bare tilbake til tidspunktet for insolvens.

Dette igjen kan være fordi det ikke er tilstrekkelig fokus på hva som er skjæringstidspunktet for når handleplikten opphører til fordel for oppbudsplikten. Dermed blir det også lett å legge insolvenstidspunktet til grunn, uten å tenke nærmere på hvorfor. Videre hersker det nok en oppfattelse om at kreditors tap ikke oppstår før insolvens, og at man dermed glemmer selskapstapet som inntreffer på et tidligere tidspunkt, og som konkursboet senere kan gjøre gjeldende. Som behandlingen av direkte og indirekte tap viser, er nok denne sontringen uklar for mange.

Tilslutt er det også et poeng at domstolene vil være tilbakeholdne med å prøve styrets forretningsmessige beslutninger i ettertid. Når erstatningsvilkårene til tider kan lede til vanskelige drøftelser som medfører tvil, er det derfor forståelig at domstolene er forsiktige med å ilegge ansvar. Da blir oppbudsplikten et godt alternativ, siden denne i større grad kan tilknyttes i hvert fall ett objektivt konstaterbart vilkår, nemlig insolvensen.

Som jeg tidligere var inne på, kan det stilles spørsmål ved om handleplikten bør være erstatningssanksjonert overhodet. Det er nok imidlertid ikke så mye et spørsmål om handleplikten skal være erstatningssanksjonert, som et spørsmål om hvor streng

aktsomhetsnormen skal være. Uten en erstatningssanksjon ville bestemmelsen nødvendigvis blitt en papirbestemmelse, stikk i strid med lovgivers intensjoner.

Siden asl. § 3-5 er problematisk for oppfyllelsen av vilkårene for erstatning, kan man spørre seg om dette var noe av bakgrunnen for at Aksjelovgruppen i sin tid foreslo en ansvarsregel som verken hadde krav om skyld, årsakssammenheng eller tap. Noen nærmere begrunnelse enn at vanlige erstatningsregler ikke var tilfredsstillende, selv der hvor styret hadde handlet grovt klandreverdigg, kan imidlertid ikke leses ut av forarbeidene.²⁹⁶ Den ovenfor siterte uttalelsen fra de senere forarbeider viser vel også at spørsmålet ikke var gjenstand for særlig diskusjon.

På et område hvor mange interessemotsetninger gjør seg gjeldende, og med såpass flertydig rettskildemateriale, vil en klargjøring enten måtte komme fra lovgiverhold eller fra Høyesterett. Førstnevnte er lite aktuelt i og med at asl. §§ 3-4 og 3-5 var gjenstand for revisjon i 2005 og ble besluttet uendret, i hvert fall materielt sett. Siden handleplikten og oppbudsplikten vil bli særlig aktualisert i økonomisk vanskelige tider, kan den seneste finanskrisen kanskje ha gitt grunnlaget for saker som kan avklare spørsmålene i noen grad. Erstatningsansvar på dette grunnlaget vil imidlertid være mest aktuelt for de mindre AS'ene, og når deres konkursboer normalt har begrenset med midler, vil en avklaring i Høyesterett likevel på langt nær være gitt.

²⁹⁶ NOU 1992:29 s. 39-40

10 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*. 2. utg. Oslo, 2006

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*. 1. utg. Oslo, 1998

Andersen, Paul Krüger. *Aktie- og anpartsselskabsrett*. 10.utg. København, 2008

Bråthen, Tore. *Kommentar til aksjeloven*. I: Norsk Lovkommentar (online) sitert [25.februar 2010]

Bråthen, Tore. *Etterkontrollen av de norske aksjelovene*. I: Nordisk tidsskrift for selskabsrett. 2006, nr. 2 s. 34-46

Bråthen, Tore. [a] *Styrets handleplikt ved tap av egenkapital*. I: Magma årgang 4 (2001), nr. 6 s. 9-13

Bråthen, Tore. [b] *Forsvarlig egenkapital* I: Magma Årgang 4 (2001), nr. 5 s. 10-14

Christie, Knut Knem. *The Private and Public Companies Act sections 3-4 and 3-5 Director's Duties and Liabilities*. I: Tidsskrift for Forretningsjus 2001, nr. 2 s. 201-238

Dotevall, Rolf. *Bolagsledningens skadestandsansvar*. 2. utg. Stockholm, 2008

Eckhoff, Thorstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Eilifsen, Aasmund. *Fortsatt drift forutsetningen* I: Revisjon og regnskap. 1998, nr. 3 s. 19-26

Engstrøm Bjørn. *Erstatningsansvar for formuestap – Lillestrømdommen i Rt.2006 s.690*.

I: Tidsskrift for erstatningsrett. 2008, nr. 3 s. 201-210

Gomard, Bernhard. *Aktieselskaber og anpartsselskaber*. 5. utg. København, 2006

Gøbel, Anders og Kåre Rødseteren. *Revisjon av forutsetningen om fortsatt drift*. I: Praktisk Økonomi og Finans. 2009, nr. 4 s. 13-25

Hagstrøm, Viggo. *Culpanormen* 4.utg. Oslo, 1983

Hagstrøm, Viggo. *Culpanormen og skrevne atferdsnormer* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. årgang 90 (1980), s. 292-366

Henderson, Scott og Graham Peirson. *Financial Accounting Theory*. 1989

Hillestad, Aksel. *Det er dette som dreper bedrifter*. I: Hegnar online 2009
<http://www.hegnar.no/juss/article398657.ec0e> [sitert 13.mars 2010]

Hjelmeng, Erling. *Interessevern og rene formuesskader – i lys av Rt. 2007 s.42*. I: Tidsskrift for Erstatningsrett. 2007, nr. 3 s. 169-180

Isaksen, Jan-Sverre. *Forsvarlig egenkapital, fortsatt drift og konkursrisiko*. I: Revisjon og regnskap. 2000, nr. 1 s. 38-40

Johnsen, Atle og Erlend Kvaal. *Regnskapsloven – kommentarer*. Oslo, 1999

Krogh, Hilde L. *"Forsvarlig egenkapital" etter nye aksjelover – styrets og daglig leders plikter og ansvar*. I: Revisjon og regnskap. 1997, nr. 7 s. 331-334

Kvaal, Erlend og Erik Mamelund. *Forutsetningen om fortsatt drift og kravet om forsvarlig egenkapital*. I: Praktisk økonomi og finans. 1999, nr. 2 s. 105-114

Lødrup, Peter. *Erstatningsrett* 4. utg. Oslo, 1999

Løvdal, Elin Mack. *Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. 2003, nr. 4 s. 472-570

Monsen, Erik. *Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern og tap og ulempe som følge av formuesskade*. I: Jussens Venner. 2010, nr.1 s. 1-67

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 2. utg. Bergen, 2007

Perland, Olav Fr. *Styreansvar etter de nye aksjelovene*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 1999, s. 125-159

Samuelsson, Morten. *Ledelsesansvar*. I: Den nye selskabslov. København, 2009 s. 117-136

Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål*. 2. utg. Oslo, 2001

Sæbø, Rune. *Om erstatningskrav i aksjeselskapsforhold*. I: Festskrift til Nils Nygaard. 2002, s. 199-212 (FEST-2002-nn-199)

Statistisk Sentralbyrå, Tabell *Opna konkursar, etter månad. 2001-2009*
<http://www.ssb.no/konkurs/tab-2010-01-22-02.html> [Sisert 11. mars 2010]

Thorsen, Bård og Gunnar Holm Ringen. *Fra Økokrim*. I: Tidsskrift for strafferett. 2006, nr.3. s. 215-233

Werlauff, Erik. *Selskabsrett*. 7. utg. København, 2008

Aarbakke Magnus. *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksje-allmennaksjeselskapsforhold*. Rapport 19. oktober 2004, regjeringen.no [Sitert 25.februar 2010]

Aarbakke, Magnus... [et al.] *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*. 2.utg. Oslo, 2004

Aarum, Kristin Normann. *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper* Oslo, 1994

Aarum, Kristin Normann. *Indirekte aksjonæransvar I*: Nordisk tidsskrift for selskabsrett 1999 s. 64- 80. (NTSFSR-1999-64)

11 Lov-/forarbeidsregister

- 2006 Lov om endringer i aksjelovgivningen m.v. av 15. desember 2006 nr. 88
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 1999 Lov om revisjon og revisorer (revisorloven) av 15. januar 1999 nr. 2
- 1998 Lov om årsregnskap (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56
- 1997 Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
- 1976 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 4. juni 1976 nr. 69
- 1968 Lov om skadeerstatning av 13. juni 1969 nr. 26
- 1952 Lov om betaling og innkreving av skatt (skattebetalingsloven) av 21. november 1952 nr.2 (opphevet)

1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10

Aktiebolagslagen Aktiebolagslagen (2005:551) [Sverige]

Aktiebolagslag Aktiebolagslag (1975:1385) [Sverige]

Selskabsloven Lov nr. 470 af 12. Juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber,
Selskabsloven [Danmark]

Aktieselskabsloven Lov nr. 370 af 13. Juni 1973, Lov om aktieselskaber [Danmark]

NOU 2003:23 Evaluering av regnskapsloven

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning

NOU 1995:30 Ny regnskapslov

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot. prp. nr. 55 (2005-2006) Aksjelovgivningen mv.

Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot. prp. nr. 37 (2003-2004) Straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold)

Ot. prp. nr. 42 (1997-1998) Årsregnskap m.v. (regnskapsloven)

Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) Aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om
allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot. prp. nr. 36 (1993-1994) Aksjeselskaper (aksjeloven)

Ot. prp. nr. 19 (1974-1975) Aksjeselskaper

Innst. O. nr 80 (1996-1997) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper
(aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper
(allmennaksjeloven), og om endringar i anna lovgjeving som
følgje av ny aksjelovgjeving m.m.

Innst. O. nr. 45 (1994-1995) Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskap (aksjeloven).

Justisdepartementets høringsbrev 28. juni 2004 Snr. 200405676EP

77/91/EØF ANNET RÅDSDIREKTIV av 13. desember 1976 om samordning av de garantier som kreves i medlemsstatene av selskaper som definert i traktatens artikkel 58 annet ledd for å verne selskapsdeltakeres og tredjemanns interesser når det gjelder stiftelsen av åpne aksjeselskaper og sikring og endring av deres kapital, med det formål å gjøre slike garantier likeverdige [Selskapsdirektiv nr. 2 (kapitaldirektivet)]

International Accounting Boards Standard (IAS)

- Framework

- IAS 1 Presentation of financial statements

12 Domsregister

HR-2010-32-U

Rt. 2003 s. 696 (Ivarandommen)

Rt. 2003 s. 335

Rt. 2000 s. 1614

Rt. 2000 s. 211

Rt. 1999 s. 1473

Rt. 1998 s. 276

Rt. 1998 s. 186
 Rt. 1997 s. 883
 Rt. 1997 s. 143
 Rt. 1996 s. 1718
 Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken)
 Rt. 1993 s. 1399 (Ytternes)
 Rt. 1993 s. 987 (Stiansen)
 Rt. 1993 s. 20 (Sjøldal)
 Rt. 1992 s. 93
 Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II)
 Rt. 1991 s. 1335
 Rt. 1991 s. 119 (Normount)
 Rt. 1990 s. 607
 Rt. 1984 s. 466
 Rt. 1979 s. 46
 Rt. 1970 s. 1235
 Rt. 1975 s. 198
 Rt. 1938 s. 129
 Rt. 1933 s. 1114
 Rt. 1932 s. 857
 Rt. 1931 s. 993
 Rt. 1930 s. 737

 LE-2009-97686
 LG-2009-89782
 LF-2009-47256 (Delta Management II)
 LB-2008-187411
 LB-2008-120826
 LB-2008-704 (Stenbergdommen)
 LG-2007-119889

LA-2007-37537

RG 2007 s.1625 (Bømmeløy Hotell drift)

LG-2006-116552

LF-2006-118756 (Delta Management I)

LF-2005-10724

LE-2004-16121

LF-2004-987 (Devold tekstil)

RG-2004-484

LE-1998-556

LB-1994-2122

LH-1994-379

RG 1994 s. 145

LG-1993-1135

LE-1992-123

Agder lagmannsrettsdom av 5. mars 1991

Gulating lagmannsrett 13. desember 1990 (ankesak nr. 256/1989)

Hålogaland lagmannsretts dom 9. mars 1990 (ankesak nr. 43/1988 A)

Eidsivating lagmannsrett 15. desember 1972

THAUG-2008-89887

Sør-Trøndelag tingrett TSTRO-2008-66665

Sunnhordland tingrett 11. desember 2006 (sak nr. 06-026159TVI-SUHO)

Nordre Vestfold tingrett 18. oktober 2006 (sak nr. 04-103714TVI-NOVE)

Bergen tingrett 7. april 2009 TBERG-2007-171129 (sak nr: 07-171129TVI-BBYR/04)

Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling 2004 s. 713